PRINCIPII

DI

DIRITTO COMMERCIALE

PRINCIPII

DI

DIRITTO COMMERCIALE

ALFREDO ROCCO
Professore ordinario nella Facoltà di scienze politiche dell'Università di Roma

PRINCIPII
DI
DIRITTO COMMERCIALE

PARTE GENERALE



TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
(già fratelli Pomba Librai in Principio della Contrada di Po - 1796)
1928

Torino — Tipografia Sociale Torinese — 1928.

A MIA MOGLIE

MARIA ROCCO TODARO

QUESTO FRUTTO

DELL'OPERA DI SCIENZIATO E DI INSEGNANTE

CHE ESSA PREDILIGE

PREFAZIONE

Quest'opera ha un'origine universitaria. Essa è il frutto dell'insegnamento del diritto commerciale da me impartito nell'Università di Padova per oltre un decennio. Ma, nelle successive rielaborazioni, di cui è stata oggetto, essa ha man mano perduto il carattere di un corso di lezioni, per acquistare sempre più quello di una trattazione teorico-pratica della parte generale del diritto commerciale.

L'ultima revisione, a cui l'ho sottoposta, prima di presentarla stampata al giudizio del pubblico, ha compiuto, io penso, la trasformazione. Interi capitoli, come quelli concernenti la storia del diritto commerciale, la teoria degli atti di commercio, la teoria dell'azienda commerciale, furono completamente rifatti. La dottrina, anche la più recente, è stata utilizzata. La giurisprudenza, specie quella della Cassazione, vagliata criticamente. Si è tenuto particolare conto della legislazione post-bellica, spesso profondamente innovatrice. Mi auguro, pertanto, che il volume, oltre che servire di orientamento ai giovani, possa essere di qualche utilità ai pratici, avvocati e magistrati, che amino, nella risoluzione dei casi controversi, la guida di principî generali precisi e chiaramente formulati.

Il valore scientifico di quest'opera sta, sopratutto, nel fatto che essa costituisce un saggio di applicazione di quel metodo di indagine giuridica, che io chiamo unitario, perchè al particolarismo della specializzazione eccessiva contrappone le esigenze dell'organica unità del diritto. Da molti anni, ancor più con l'esempio che con la predicazione teorica, io vado mostrando ai giovani i danni dell'isolamento scientifico nel campo del diritto e la necessità di considerare la scienza giuridica come una scienza unitaria, che solo per comodità di ricerca noi dividiamo nelle sue varie branche, e per le esigenze della divisione del lavoro studiamo separatamente nelle sue parti diverse. E più, come avviene per il diritto commerciale, è particolare il ramo del diritto, che si studia, più appare manifesta l'esigenza di un'opera di collegamento continuo con gli altri rami vicini e meno vicini, e col sistema generale del diritto positivo.

Spetta al Vivante il merito di avere per il primo avviato gli studiosi italiani su questa strada, affermando l'unità sostanziale della scienza del diritto privato, e la necessità di non separare mai lo studio del diritto commerciale da quello del diritto civile, che ne costituisce il presupposto e la base. Questo coordinamento è indispensabile; ma, a mio avviso, non è sufficiente. Bisogna ancora ricollegare gli istituti di diritto civile e commerciale con quelli del diritto pubblico, e risalire infine a quei concetti giuridici comuni a tutti i rami del diritto, la cui elaborazione costituisce l'oggetto della *giurisprudenza generale* o *dottrina generale del diritto*. Tale opera di coordinazione è feconda di risultati tanto per la teoria, quanto, sopratutto, per la pratica del diritto, a cui sola è capace di fornire la

guida di principî direttivi solidamente fondati sul complesso sistematico del diritto vigente.

Non posso chiudere questa breve prefazione senza esprimere pubblicamente la mia gratitudine al Consigliere di Corte d'Appello Gaetano Azzariti, conoscitore espertissimo della dottrina e della giurisprudenza italiane, per l'ausilio prezioso fornitomi nell'ultima rielaborazione della materia, e al valente giudice Giuseppe Lampis, che mi ha aiutato nella revisione delle bozze e nella compilazione degli indici.

Roma, novembre 1927 - Anno VI.

ALFREDO ROCCO

INDICE SISTEMATICO

INTRODUZIONE

Il diritto commerciale e la scienza del diritto commerciale.

LIBRO PRIMO

Il diritto commerciale obiettivo.

Capitolo I.

Le fonti del diritto commerciale.

LIBRO SECONDO

I rapporti di diritto commerciale, in generale.

CAPITOLO I.

Concetto, natura e specie dei rapporti giuridici commerciali.

CAPITOLO II.

Elementi dei rapporti di diritto commerciale.

Sezione I. — *I soggetti.*

Sezione II. — *Gli oggetti o cose.*

CAPITOLO III.

Nascita, modificazione, estinzione dei rapporti del diritto commerciale. I fatti giuridici commerciali.

Sezione I. — *I negozi giuridici commerciali.*

INTRODUZIONE

IL DIRITTO COMMERCIALE
E LA
SCIENZA DEL DIRITTO COMMERCIALE

§ 1. Nozione del diritto commerciale e della scienza del diritto commerciale.

SOMMARIO: 1. Idea generale del diritto commerciale. Materia o contenuto di esso.

1. *Diritto commerciale*, nel significato proprio dell'espressione, è il «diritto del commercio», ossia è il complesso delle norme giuridiche che regolano i rapporti derivanti dall'industria commerciale (1). Tuttavia l'espressione ha oggidì acquistato un valore che si allontana sensibilmente dal significato etimologico, perchè il diritto commerciale o oggidì qualche

(1) Questa definizione non sembra soddisfacente al BOLAFFIO, *Codice di comm. commentato*, Unione Tip.-Ed., 5ª ediz., vol. I, pag. 5, nota 1, perchè, egli dice, «industria commerciale» non è concetto giuridico. Ciò è evidente; ma per determinare il campo di applicazione del diritto bisogna necessariamente far capo a concetti non giuridici, perchè il diritto regola rapporti sociali, i quali, solo in quanto sono regolati dal diritto, diventano rapporti giuridici; ed è per questo che bisogna preliminarmente determinare quali sono i rapporti *sociali*, a cui un complesso di norme giuridiche si applica. Che poi la sfera di applicazione del diritto commerciale non coincida precisamente colla sfera dell'industria commerciale, è osservazione che facciamo nel testo, la quale

cosa di meno, da un lato, qualche cosa di più, dall'altro, che « il diritto del commercio ». È qualche cosa di meno, in quanto esso non comprende se non *una parte* delle norme giuridiche regolanti i rapporti dell'industria commerciale. E precisamente per « diritto commerciale » di regola si intende solo il « diritto commerciale privato », cioè quel complesso di norme, che regolano i rapporti fra *privati* e *privati* derivanti dal commercio, e il diritto commerciale processuale, vale a dire le norme regolanti la funzione giurisdizionale dello Stato in materia commerciale (1). Restano fuori del diritto commerciale propriamente detto:

a) *il diritto amministrativo commerciale*, comprendente le norme, che disciplinano l'attività, mediante la quale lo Stato, nell'interesse della sicurezza pubblica, della sanità pubblica, dell'economia pubblica, si ingerisce nell'esercizio dell'industria commerciale;

b) *il diritto finanziario commerciale*, il quale regola la misura e le forme del contributo, che l'industria commerciale presta alle pubbliche spese;

c) *il diritto commerciale penale*, che regola le sanzioni penali, con cui lo Stato garantisce la lealtà del commercio e la prudenza commerciale;

d) *il diritto commerciale internazionale*, che disciplina il commercio internazionale, sia dal punto di vista dei rapporti diretti fra Stato e Stato (diritto internazionale pubblico), sia

---

non esclude che campo proprio ed essenziale del diritto commerciale sia precisamente quello dell'industria commerciale. Se non che l'obiezione del BOLAFFIO muove dal concetto che, a suo avviso, non può ricondursi ad unità concettuale la materia di commercio, perchè mancherebbe un concetto unitario dell'atto di commercio, che è la base della materia di commercio, e quindi vi è l'impossibilità dottrinale di circoscrivere la materia di commercio. Ciò corrisponde all'opinione dominante, che però a nostro avviso non è esatta, come dimostreremo a suo tempo: vedi n. 111.

(1) Secondo l'opinione oramai giustamente dominante, il diritto processuale deve considerarsi come diritto pubblico. Vedi fra gli altri: CHIOVENDA, *Principî di diritto processuale civile*, 3ª ediz., Napoli 1908-1909, pag. 84-85; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig 1885, pag. 114 e segg.; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Berlin 1903-1910, I, pag. 4.

dei rapporti tra privati e privati (diritto commerciale internazionale privato) (1).

D'altro canto il diritto commerciale, nel suo contenuto odierno, comprende qualche cosa di più che non la disciplina giuridica dei soli rapporti dell'industria commerciale. La sfera di applicazione del diritto commerciale si è oggi talmente allargata che, oltre l'industria commerciale, anche l'industria manifatturiera è, in buona parte, regolata dal diritto commerciale. Non solo, ma il processo di continua espansione del diritto commerciale è oggi giunto a tale, che una folla di attività, le quali o appartengono ad altri rami della produzione, o non sono neppur atti di produzione economica, rientrano sotto la disciplina del diritto commerciale. Se, nella determinazione di questo complesso di rapporti, che costituisce la materia o il contenuto del diritto commerciale, pur non essendo, a vero dire, *rapporti commerciali*, esista un criterio direttivo unico, e quale sia, vedremo in seguito. Per ora ci basti affermare il fenomeno: che in seguito a una lunga tradizione giuridica, e per esplicita disposizione di legge, il diritto commerciale odierno regola, oltre i rapporti proprî dell'industria commerciale, anche altri rapporti, che a questi sono legislativamente assimilati agli effetti della disciplina giuridica. Il diritto commerciale si può dunque oggi definire come *il complesso delle norme giuridiche, le quali regolano i rapporti fra privati, che derivano dall'industria commerciale o che sono a questi assimilati nella disciplina giuridica, e la loro realizzazione giudiziale.* Conseguentemente, la scienza del diritto commerciale deve definirsi come « quel ramo delle discipline giuridiche che studia tali norme regolanti il commercio o le attività assimilate, e i rapporti giuridici, che da tali norme derivano ».

Per tal modo si è dato del diritto commerciale e della scienza che lo studia un'idea generica, e quindi solo approssi-

---

(1) Cfr. su ciò GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, 2ª ediz., Berlin 1875-1883, I, pag. 1-2, e 3ª ediz. (sotto il titolo: *Universalgeschichte des Handelsrechts*), Stuttgart 1891, pag. 1-2; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin 1896, pag. 9-11; THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7ª ediz., Paris 1925, pag. 2-3.

mativa. La determinazione esatta del concetto di « diritto commerciale » non può essere che il risultato di una duplice indagine: una ricerca storica, la quale stabilisca l'origine e segni le diverse fasi di sviluppo del diritto commerciale fino al diritto vigente, e uno studio del contenuto effettivo del diritto commerciale nel diritto positivo, che riesca a determinare, sinteticamente, i limiti della sua odierna applicabilità. Sono queste appunto le indagini che verremo istituendo nei paragrafi seguenti.

§ 2. Svolgimento storico del diritto commerciale.

Sommario: 2. Cenni sul diritto commerciale nell'epoca preromana e romana. — 3. Il diritto commerciale nel Medio Evo: Le corporazioni dei mercanti e le giurisdizioni consolari. I più antichi statuti. — 4. Carattere del diritto commerciale in questo periodo. — 5. Il diritto commerciale in Italia nei secoli XVI, XVII e XVIII. — 6. Il diritto commerciale negli altri paesi d'Europa e specialmente in Francia. Le ordinanze: il codice napoleonico. Trasformazione del carattere del diritto commerciale. — 7. Le legislazioni italiane dalla caduta dell'Impero napoleonico al codice di commercio del 1882: lavori preparatori del codice del 1882. — 8. Cenni di diritto comparato.

2. Lasciamo da parte tutto ciò che riguarda l'epoca preromana, non perchè la disciplina giuridica del commercio presso taluni antichi popoli, come i Fenici, gli Assiri e i Babilonesi, i Greci, non offra interesse e anche abbondanza di notizie, ma perchè tali norme non sono in così diretta connessione collo sviluppo ulteriore del diritto commerciale, da renderne lo studio necessario o anche soltanto utile per la conoscenza dei precedenti storici del diritto commerciale vigente, che è la mèta ultima e lo scopo diretto delle nostre indagini (1).

Notevole interesse presenta invece, dal nostro punto di vista, il diritto romano. In realtà Roma non ebbe un vero diritto commerciale, un diritto cioè speciale al commercio.

---

(1) Sul diritto commerciale dell'epoca preromana vedi specialmente Goldschmidt, *Universalgesch. des Handelsrechts*, pag. 48-49; Lehmann, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig 1908, pag. 14-15; Bourcart, *Esquisse historique du droit commercial*, negli *Annales de droit commercial*, 1924, pag. 260-265.

La giurisprudenza romana, che ebbe così splendida fioritura, e che seppe dar vita a un così perfetto sistema giuridico, fondamento e base, ancor oggi, di tanta parte del diritto vigente, non creò che poche e sparse norme destinate esclusivamente a regolare rapporti commerciali. I romani, anzi, mancavano di un termine tecnico per designare il « commercio »; la parola *commercium* indicava la partecipazione ad un atto giuridico di scambio tra vivi; l'espressione *negotiatio* l'esercizio di qualunque industria; e il termine « mercatura » il traffico di merci nel senso più ristretto.

La causa del mancato sviluppo di un diritto commerciale speciale non deve ricercarsi nella scarsezza o nella poca importanza del commercio romano. Che i Romani non siano stati un popolo di commercianti, è vero; che l'industria commerciale fosse, in certo qual modo, tenuta in dispregio, e considerata come meno onorevole dell'agricoltura, non può negarsi. Ma è vero, anche, che, per il progressivo estendersi del dominio di Roma, nell'àmbito del grande Impero romano venne a svolgersi la massima parte del traffico mondiale; che il fatto stesso di esser capitale di uno Stato, il quale dominava tutti i popoli e tutte le piazze commerciali dell'epoca, attribuì a Roma l'importanza di un grande centro di affari; che lo sviluppo notevolissimo del commercio durante il periodo del predominio di Roma, dovuto alla sicurezza e alla tranquillità che la *pax romana* diffuse nel mondo, si riverberò sulla vita economica e sociale dei romani. Roma, infine, con la sua numerosa popolazione (stimata da qualcuno superiore al milione di abitanti) doveva essere necessariamente un centro di gran consumo; ad essa affluivano i prodotti del mondo intiero, e specialmente il grano, che intere flotte mercantili portavano in Italia (1). Il fenomeno commerciale dovè, dunque, avere ed ebbe grande importanza nel mondo romano.

Se, malgrado ciò, non sorse un diritto speciale per il commercio, ciò fu dovuto ad alcune cause, che ne resero inutile la formazione.

In primo luogo l'economia schiavistica propria dell'epoca, per cui l'industria e il commercio erano esercitati a mezzo

---

(1) Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, pag. 65 e segg.

di schiavi, creava tra il padrone e i suoi servi, preposti al commercio, rapporti di puro fatto (amministrativi e contabili) e non rapporti giuridici.

In secondo luogo i molteplici rapporti economici con popoli commercianti e industriali (Greci, Asiatici, Egiziani) dettero grande importanza all'elemento internazionale ed anazionale del diritto romano (*ius gentium*), contenente norme sviluppatesi particolarmente per le esigenze del traffico internazionale, e quindi, pienamente atte a regolare i rapporti commerciali (1).

Ma un diritto speciale per il commercio fu reso superfluo sopratutto dal carattere stesso del diritto privato generale romano e dalla sua meravigliosa adattabilità e pieghevolezza.

Lo stesso diritto civile originario (*ius civile*), sebbene, per il suo rigoroso formalismo, forse poco adatto a soddisfare le esigenze di semplicità e rapidità del traffico mercantile, era però, d'altro canto, informato a taluni principî fondamentali, come la piena autonomia riconosciuta all'individuo nell'ambito della legge, e il rigore materiale e formale del vincolo obbligatorio, i quali garantivano al commercio quella *libertà* e quella *sicurezza*, che gli sono sopratutto necessarie.

Ma completamente atto a soddisfare le esigenze del traffico mercantile ci appare il diritto romano, quale uscì dalla meravigliosa opera di adattamento del pretore (*ius praetorium* o *honorarium*).

Gli istituti del diritto civile romano sono così largamente concepiti, da comprendere in sè anche quelle norme e quei principî, che noi siamo abituati a considerare proprî della materia commerciale: le esigenze del traffico, anzichè determinare categorie speciali, informavano di sè gli istituti generali del diritto civile: il *mandatum*, l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, il *mutuum*, il *depositum*, la *stipulatio*, la *delegatio*, la *societas*.

Se a ciò si aggiunga il favore dato alla *bona fides*, il riconoscimento generale dell'uso commerciale, l'eccellente procedura di cognizione, l'esecuzione forzata per debito rigorosa e fondata sul principio della universalità e della generalità

---

(1) GOLDSCHMIDT, *Universalgesch.*, pag. 71; REHME, *Geschichte*, pag. 74; BOURCART, *Esquisse*, pag. 266.

(*concorso*) come l'attuale procedura fallimentare, e i poteri quasi legislativi concessi al pretore, che se ne serviva appunto per adeguare gli istituti giuridici alle necessità della vita, si comprende come il diritto romano comune fosse più che sufficiente per regolare anche i rapporti del commercio (1).

Questi pregi del diritto romano classico sono nella epoca imperiale, dopo Diocleziano, oscurati e diminuiti dall'influenza delle idee umanitarie dovute al diffondersi del cristianesimo, che tolsero al diritto romano il suo antico rigore, così favorevole alla sicurezza dei traffici. Ma, in parte, il persistere, accanto al diritto imperiale, di un diritto consuetudinario locale, e, sopratutto, la minore importanza del commercio in quell'epoca di decadenza economica, resero meno sensibili le lacune e i difetti del diritto comune, il quale seguitò, pertanto, senza inconvenienti, a regolare ancora i rapporti del traffico.

Ed è perciò che nel *corpus iuris* non troviamo che poche e scarse norme riguardanti il commercio. Fra queste sono da ricordare: le norme sulla responsabilità dei *battellieri*, *albergatori e stallieri* (*nautae*, *caupones*, *stabularii*, *ut recepta restituant*, Dig., IV, 9); *sull'azione esercitoria* (*de exerc. actione*, Dig., XIV, 1) *ed institoria* (*de inst. actione*, Dig., XIV, 3); *sul getto e sulle avarie* (*de lege Rhodia de iactu*, Dig., XIV, 2); *sul cambio marittimo* (*de nautico foenere*, Dig., XX, 2) (2).

Tutto ciò non significa che il diritto romano non abbia importanza per la storia del diritto commerciale. Al contrario, questa importanza è grandissima, e dipende sia da ciò, che il diritto romano è il fondamento di tutto il nostro diritto

---

(1) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 84.

(2) Su questi ed altri istituti di diritto commerciale romano, vedi specialmente GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 79-83; e, dello stesso autore, *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, nella *Zeitschrift f. das gesammte Handelsrecht*, III, pag. 58-118, 331-385; *Lex Rhodia und Agermanament*, nella *Zeitschrift* cit., XXXV, pag. 37-90 e 391-397; inoltre HUVELIN, *Histoire du droit commercial*, Paris 1904, pag. 73 e segg.; FADDA, *Gli istituti commerciali del diritto romano* (lezioni), Napoli 1919; MITTEIS, *Trapezitica*, nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XIX, pag. 198 e segg. Cfr. anche CARNAZZA, *Il diritto commerciale dei romani*, Catania 1891; COGLIOLO, *Gli istituti commerciali nel diritto romano*, Genova 1921.

privato, sia, ed ancor più, dal fatto che il diritto romano, specie negli ultimi stadi del suo svolgimento, ci appare, in più di un punto, come il prodotto delle sempre crescenti necessità del traffico (1).

3. Solo nel Medio Evo il diritto commerciale sorse e si affermò come un diritto autonomo (2).

Spetta all'Italia il vanto di aver creato e diffuso questo nuovo organico complesso di istituti giuridici, meritando, pur nel campo della giurisprudenza commerciale, il nome di culla e dispensatrice del diritto.

Per quanto anche nei porti settentrionali, specialmente in quelli dell'Ansa teutonica, il commercio avesse raggiunto un grado notevole di sviluppo, pure, per tutto il Medio Evo, fu ancora il Mediterraneo il centro del traffico mondiale, e nel Mediterraneo, l'Italia. Pisa, Amalfi, Venezia, Genova erano le prime piazze marittime del mondo; Siena, Lucca, Milano, Bologna, Firenze, le più importanti città commerciali ed industriali; Firenze, anche, la più grande piazza bancaria e cambiaria. Di fronte a questa fioritura del commercio stava la insufficienza del diritto privato e giudiziario comune.

Con la caduta dell'Impero romano era, infatti, mutata profondamente quella condizione di cose, che aveva reso, per tanti secoli, il diritto civile così adatto a soddisfare le esigenze del traffico mercantile. A un diritto unico ed uniforme per tutto l'immenso territorio dell'impero, successe una molteplicità di ordinamenti giuridici, diversi non solo nei diversi paesi, ma diversi pei varî abitanti di uno stesso paese; il principio della nazionalità del diritto e il frazionamento della sovranità tra varî poteri facevano sì che sullo stesso territorio vigessero diritti molteplici, in continuo conflitto fra di loro,

---

(1) Vedi Behrend, *Lehrbuch*, pag. 19.

(2) Sulla storia del diritto commerciale nell'epoca medioevale, oltre le opere generali già citate del Goldschmidt e dell'Huvelin, si veda Lastig, *Entwikelungswege und Quellen des Handelsrechts*, 1891; Lattes, *Il diritto comm. nelle leg. stat. delle città italiane*, Milano 1884; *Studi di diritto statutario*, 1887; Bonolis, *Il diritto marittimo medioevale dell'Adriatico*, Firenze, edit. Mariotti, 1921; Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. VI.

donde confusione e incertezze infinite. Ad un diritto progredito successero, specie per ciò che concerne la procedura, diritti, di origine germanica, rozzi, primitivi, i quali consacravano istituti, il duello, il giudizio di Dio, il pignoramento per autorità privata, rispondenti a condizioni di civiltà di troppo arretrate. Lo stesso diritto romano giustinianeo, che pur continuò ad aver vigore, e che finì col trionfare come diritto comune, non solo era inferiore al diritto classico come rigore di principî e tutela efficace della buona fede, ma si era oramai cristallizzato, dopo venuto meno l'organo specifico, il pretore, che aveva per tanti secoli elaborato, perfezionato, adattato il diritto romano. A tutto ciò si deve aggiungere l'influenza del diritto canonico, che veniva facendosi sempre maggiore. La Chiesa guardava con diffidenza, se non con malevolenza, l'attività commerciale, come quella che procurava troppo facili e sùbiti guadagni e serviva a creare e soddisfare bisogni voluttuari. Ma, sopratutto, la Chiesa poneva gravi ostacoli allo sviluppo del commercio, che ha tanto bisogno di credito, rendendo difficile il credito con il suo rigoroso divieto della stipulazione degli interessi, basato sull'idea che il capitale danaro sia, per sua natura, improduttivo; che non si possa ammettere guadagno senza lavoro; che, pertanto, ricevere interessi per i prestiti sia illecito ed immorale.

Si comprende così come il commercio, salito oramai ad una grande importanza, abbia sentito il bisogno di una regolamentazione apposita.

Le condizioni sociali proprie dell'epoca favorirono questa specializzazione. Il Medio Evo fu, essenzialmente, contrassegnato da una universale disgregazione sociale e politica, dovuta al disfacimento dello Stato, che, dopo la caduta dell'Impero romano di occidente, continuò, nel sacro romano Impero, a vivere come un'ombra, più per forza di tradizione che per intrinseca virtù, e profondamente trasformato per la emigrazione in terra straniera. Questa disgregazione produsse i due fenomeni, che resero possibile e facilitarono la formazione di un diritto speciale del commercio: il prevalere della consuetudine sul diritto dello Stato, e le corporazioni d'arti e mestieri.

Nella società medioevale, come in tutte le società politicamente disorganizzate, acquistarono grande importanza, accanto e al disopra del diritto emanato o riconosciuto dallo Stato, le *consuetudini*, cioè quei modi di agire generali ed uniformi che, nella convinzione comune, vengono considerati come necessari, e quindi, obbligatorî. Tanta anzi e così radicata divenne l'autorità loro, che la pace di Costanza (1183) le consacrò esplicitamente come fonte riconosciuta di diritto (1).

Ora, appunto nella consuetudine poterono trovare soddisfazione le particolari esigenze dell'attività commerciale. La rapidità, con cui si svolgono le operazioni dei mercanti, il tecnicismo professionale, che le caratterizza, l'identità sostanziale dei bisogni che le determinano, i rapporti frequenti, che esse inducono tra le stesse persone, dànno luogo, di necessità, alla diffusione di pratiche uniformi, che tendono ad imporsi come obbligatorie, cioè ad assumere il carattere di vere e proprie norme giuridiche.

Le prime norme destinate specialmente a regolare il traffico mercantile furono, pertanto, norme consuetudinarie (*consuetudo mercatorum*, *stylus mercatorum*). Queste antiche consuetudini, che i mercanti italiani elaborarono e diffusero in tutta l'Europa, in Levante e fin nei porti del Nord, vennero, assai di buon'ora, redatte in iscritto. Fra le raccolte più notevoli vanno ricordate le *Consuetudines* di Genova (anteriori al 1056), il *Constitutum usus* di Pisa (1161), il *Liber consuetudinum* di Milano (1216).

Ma la formazione, il riconoscimento e l'elaborazione delle consuetudini commerciali trovarono nel ceto stesso dei commercianti, saldamente organizzato, l'organo più vivo ed operoso.

Nella generale disgregazione della società medioevale, mancando un forte potere politico, che assicurasse la pace pubblica e la realizzazione del diritto, tutti coloro che avevano interessi comuni da far valere, e specialmente coloro che esercitavano la stessa professione, arte, o mestiere, si riuni-

(1) Sull'importanza delle consuetudini e della loro redazione in iscritto come fase preparatoria della formazione del diritto statutario, vedi Lattes, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano 1899, pag. 2.

vano in *associazioni* o *corporazioni*, per esercitare più efficacemente l'auto-difesa. In relazione al posto cospicuo, che venne acquistando il commercio nella vita sociale dell'epoca, e alla potenza sempre crescente del ceto commerciale, grande importanza ed autorità ebbero ben presto anche le *corporazioni dei mercanti* (*mercadantiae*, *curiae mercatorum*, più tardi, *universitates mercatorum*).

Le corporazioni dei mercanti, che costituivano uno dei nuclei più considerevoli della popolazione delle città, conservarono gelosamente la propria autonomia anche nella organizzazione comunale.

La costituzione delle corporazioni si modellava su quella dei comuni. Alla loro testa erano uno o più *consoli*, assistiti, di solito, da due consigli, uno più ristretto e uno più ampio (*consilium minus* e *consilium maius* o *generale*). I magistrati della corporazione erano eletti ogni anno, qualche volta ogni semestre, di regola senza ingerenza dell'autorità comunale. Gli ordinamenti della corporazione erano consacrati in statuti (*statutum*, *breve*, *capitulare*).

Varie erano le funzioni delle corporazioni; esse organizzavano e presiedevano le fiere ed i mercati; mandavano consoli all'estero per proteggere i soci, li assistevano, quando fossero colpiti da infortuni o da malattie, tutelavano la sicurezza delle comunicazioni, e, infine, funzione importantissima, dirimevano le controversie, che potessero sorgere tra i soci. La giustizia era amministrata dai consoli, senza formalità (*sine strepitu et figura iudicii*) e secondo equità (*ex bono et aequo*). L'appello era, di solito, escluso; quando era ammesso, veniva portato davanti ad altri commercianti, estratti a sorte, detti *sopraconsoli*.

Questa libera e rigogliosa vita delle corporazioni ne fece l'organo principalissimo dello sviluppo del diritto commerciale come diritto speciale. Nella cerchia chiusa della corporazione le antiche usanze si mantenevano tenacemente e le nuove si formavano rapidamente. La facoltà, riconosciuta alla corporazione, di emanare i proprî statuti, permetteva di raccogliere, fissare e consacrare in essi tali consuetudini. Buona parte dei più vecchi statuti non è, infatti, che annotazione o constatazione di usi tradizionali.

Ma lo strumento, forse, più efficace della formazione del diritto commerciale, fu la *giustizia della corporazione*.

I consoli, che, come capi della corporazione, avevano, in principio, solo funzioni amministrative e disciplinari, assunsero ben presto anche il còmpito di risolvere le controversie sorte tra i soci e tra questi e i loro commessi, apprendisti ed operai.

Si ebbe, così, una vera *giurisdizione consolare*, da cui lo sviluppo autonomo del diritto commerciale trasse notevole impulso. Le decisioni dei consoli, infatti, non solo servivano a dar forma concreta e certa alle consuetudini, ma, mediante il lavoro di interpretazione e di adattamento delle varie norme, consuetudinarie e legislative, vigenti, concorrevano efficacemente alla formazione e alla evoluzione degli istituti giuridici commerciali.

Particolare importanza ha la *giurisdizione consolare marittima* (non sempre, però, emanazione delle corporazioni) per le importanti raccolte di regole giuridiche, a cui essa diede occasione: come il *Capitulare nauticum* di Venezia (1255); la *Tabula amalfitana* di Amalfi (del XIII e XIV secolo); gli *Ordinamenta et consuetudo maris* di Trani (XIV secolo).

Più numerosi ancora sono i veri e propri *statuti* o *brevi* delle corporazioni, che furono dapprima il complesso delle norme, che i magistrati della corporazione giuravano di osservare al momento della loro entrata in carica; e più tardi assunsero forma obiettiva di disposizioni generali. Di tali statuti ricordiamo, come i più importanti: il *Breve consulum mercatorum* di Pisa (1305) e il *Breve curiae maris* della stessa città (1305); gli *Statuti dell'arte di Calimala* di Firenze (1301); gli Statuti dei mercanti di Bergamo (1457); di Bologna (1509); di Brescia (1429); di Cremona (1388); di Firenze (1312, 1320, 1324, 1393); di Milano (1396); di Piacenza (1321); di Roma (1317); di Verona (1318) (1).

Agli statuti delle corporazioni si aggiunsero, più tardi, anche quelli dei comuni; particolarmente notevoli, per le

---

(1) Parecchi di questi statuti sono ancora inediti (GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 156). Un elenco accurato degli statuti italiani è in MANZONI, *Bibliografia degli statuti, ordini e leggi dei municipi italiani*, Bologna 1876.

disposizioni concernenti la materia commerciale, gli Statuti comunali di Firenze, di Genova, di Venezia, di Milano, di Piacenza, di Siena, di Lucca, di Pistoia, ecc.

Scarso valore ha, invece, ancora per tutto questo periodo, la *dottrina giuridica*. La formazione del diritto commerciale è tutta opera spontanea della stessa classe dei commercianti; essa va, pertanto, ricercata negli Statuti delle corporazioni e dei comuni, nelle raccolte di consuetudini, e nei numerosissimi documenti, in cui si palesa la pratica degli affari. Gli scrittori, che esposero il diritto romano e il diritto canonico, anche i sommi, come BARTOLO e BALDO, non hanno, in generale, per la storia del diritto commerciale, che una importanza secondaria (1).

A quest'epoca risalgono le origini dei più importanti istituti di diritto commerciale: il registro dei commercianti (*matricula, liber mercatorum*); le varie specie di società, particolarmente la collettiva e l'accomandita; la cambiale; gli affari di banca; l'assicurazione; il cambio marittimo; l'avaria; il fallimento.

Sono tutti istituti di origine italiana: chè il diritto commerciale non solo nacque in Italia, ma gli elementi giuridici, che lo costituirono, furono essenzialmente italiani (2). E così

---

(1) Oltre BARTOLO († 1357) e BALDO († 1400) si occupano, qua e là, di materie commerciali nei loro *Commentari* BARTOLOMEO DA SALICETO († 1412), PAOLO DE CASTRO († 1437), ALEXANDER TARTAGNUS, GIASON DEL MAINO, e, soprattutto, i canonisti. Ma non bisogna dimenticare (come osserva giustamente il GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pag. 140-141; trad. ital., pag. 115-116) che la dottrina giuridica e teologica delle scuole non era il diritto commerciale realmente vigente. L'importanza del diritto canonico nella evoluzione del diritto commerciale non è, perciò, quella che risulta dagli scritti di questi teorici e non va esagerata, come ha fatto l'ENDEMANN, specialmente nell'opera: *Studien in der romanisch-kanonischen Wirthschafts- und Rechtslehre*, Berlin 1874-1883. Più utili riescono le esposizioni di alcuni pratici del tempo, come BALDUCCI PEGOLOTTI (agente dei Bardi in Inghilterra), *La pratica della mercatura* (scritta prima del 1343), e ANTONIO DA URZANO, *La pratica della mercatura* (1442) (sono riprodotte in PAGNINI, *Della decima e di varie altre gravezze imposte dal Comune di Firenze, ecc.*, Lucca 1765-1766).

(2) Le stesse prove che il GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 132 a 137, adduce per affermare l'importanza dell'elemento germanico nella formazione del diritto commerciale (e dietro di lui REHME, *Gesch.*,

doveva essere, quando si pensi che il diritto commerciale fu creazione spontanea della pratica, e questa era sopratutto pratica italiana, in un'epoca in cui i nostri mercanti avevano, si può dire, il monopolio del traffico mondiale (1).

Secondaria, pertanto, deve dirsi, l'importanza del contributo recato dagli altri popoli d'Europa alla formazione del diritto commerciale (2).

Per la Spagna, il monumento più notevole rimane il celebre *Consolato del mare* (*Libro del Consolat del mar*) compilazione privata del secolo XIV, fatta sulla base della giurisprudenza del tribunale consolare marittimo di Barcellona, ma che, in ultima analisi, riproduceva le consuetudini vigenti in tutto il bacino del Mediterraneo; esso si diffuse in Europa principalmente nella redazione vulgata italiana (3).

Per la *Francia*, devonsi ricordare, in primo luogo, le *fiere* (prima le fiere della Champagne, poi, a partire dal XV secolo, quelle di Lione). Nelle fiere si diffuse e si perfezionò l'uso della cambiale come strumento dei pagamenti, si affermò la giurisdizione dei preposti alle fiere, specie la giurisdizione esecutiva per mezzo delle *lettres de foires*, mandati esecutivi emanati su richiesta del creditore a semplice esibizione di prova scritta. Ma l'importanza delle fiere francesi sta sopratutto in ciò, che esse divennero un luogo di convegno di tutti i mercanti d'Europa e in generale centro di diffusione delle istituzioni commerciali.

Nel campo del diritto marittimo sono notevoli le raccolte di consuetudini e di sentenze del tribunale marittimo di Oléron, presso La Rochelle: la *Coutume* di Oléron (redatta tra il 1285 e il 1314) e la *Charte d'Oléron* o *rolles des jugements d'Oléron*, la cui parte essenziale risale forse al secolo XII.

---

pag. 92-93) dimostrano piuttosto il contrario. Vedi, del resto, lo stesso GOLDSCHMIDT, op. cit., pag. 17, e REHME, pag. 177-178.

(1) Vedi GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 143 e segg. Dal sec. XIII in poi le monete d'oro italiane (genovine, fiorini, ducati, zecchini) diventano denaro mondiale.

(2) Il GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 200, nota «l'influenza predominante dell'usanza commerciale italiana, di fronte alla quale gli altri Stati del Mediterraneo si mantengono piuttosto ricettizi».

(3) GOLDSCHMIDT, nella *Zeitschr.*, XXXV, pag. 352 e seguenti.

Queste compilazioni acquistarono grande autorità nei mari del Nord, e costituirono il nucleo principale della raccolta inglese di consuetudini marittime, che va sotto il nome di *Consuetudini di Wisby* (sec. XIV e XV).

Quanto agli *Arabi*, malgrado l'importanza del loro commercio (testimoniata dalle molte parole originarie della lingua araba che sono passate nel nostro linguaggio commerciale: *carovana*, *magazzino*, *tara*, *tariffa*, *dogana*, *sensale*, *fondaco*); malgrado l'indubitabile esistenza, nel diritto arabo, di alcuni istituti commerciali, come la commissione, la mediazione, la commenda, manca finora la prova che il diritto commerciale europeo ne abbia subìto, nella sua formazione, l'influsso (1).

4. Sorto ed elaborato nello stretto àmbito del ceto mercantile, il diritto commerciale dovette essere, e fu, un diritto essenzialmente *professionale*. Alle consuetudini formate e diffuse dai mercanti, questi soli erano vincolati; gli statuti delle corporazioni estendevano la loro autorità sin dove si estendeva l'autorità dei magistrati della corporazione, cioè agli iscritti nella *matricola;* ed egualmente alla giurisdizione consolare erano soggetti solo i membri della corporazione.

Questo il principio, le cui applicazioni non andavano però esenti da incertezze. Il campo, in cui le questioni sorgevano praticamente, era quello dell'attività *giurisdizionale* della corporazione. Il problema dei limiti dell'autorità della corporazione, dei suoi statuti, e dei suoi magistrati, si risolveva, in pratica, nel problema della competenza *dei giudici mercantili.*

Così il problema della sfera di applicazione del diritto commerciale come diritto speciale sorse storicamente come un problema di competenza; e in questi termini si è mantenuto sino agli ultimi tempi. *Per molti secoli, i limiti dell'autorità del diritto commerciale furono segnati dai limiti della competenza dei giudici consolari.*

Or, per determinare la competenza giudiziaria dei consoli, il solo elemento della professione commerciale dei litiganti non era sufficiente. Occorreva, di più, che la controversia si

---

(1) Goldschmidt, *Universalgeschichte*, pag. 98; Rehme, *Geschichte*, pag. 94 e 95; Bourcart, *Esquisse*, pag. 269.

riferisse all'esercizio della professione (*causa, quae ad artem pertinet*). Infatti, non tutta la vita e l'attività del mercante era assorbita dalla sua professione e si svolgeva nell'àmbito della corporazione; e, per tutto ciò che non si riferisse alla sua arte, egli era soggetto alle leggi comuni e ai giudici ordinari.

Di qui la necessità di delimitare il concetto della controversia commerciale (*causa mercantilis*) o, come si direbbe oggi, della *materia di commercio*.

Secondo gli statuti sono soggette alla giurisdizione commerciale, anzitutto le controversie, che si riferiscono ad affari di commercio in senso proprio: *causae* o *quaestiones mercantiles, negotiationis, mercantiae, pro factis mercadantiae, quae pertinent ad mercantiam*. Il concetto della *negotiatio* o *mercantia* o *mercadantia* è identificato con molta precisione con quello della *compera di merci per rivenderle e della successiva rivendita* (1).

Al commercio delle merci è equiparato quello del denaro: e sotto questo punto di vista anche i banchieri sono considerati commercianti e gli *affari di banca* affari commerciali (2), soggetti anch'essi alla giurisdizione mercantile (3).

In terzo luogo sono considerate commerciali, sia per la loro connessione con gli affari commerciali propriamente detti, sia per la loro importanza nel commercio bancario, le *operazioni di cambio* e le *lettere di cambio* (4).

---

(1) *Statuto della mercanzia di Parma del* 1215: « quas emunt et vendunt seu permutant ...scilicet quando emunt sive ex permutatione accipiunt ad hoc scilicet ut revendant eas vel eas ex cause permutationis alii vel aliis concedant ». *Statuto della mercanzia di Brescia del* 1313, III, c. 59: « Et intelligantur res pertinentes ad mercathendiam quae emuntur et venduntur a mercatoribus causa revendendi, non mutata specie seu forma». Vedi Pertile, *Storia*, IV, pag. 681; VI, pag. 112.

(2) Goldschmidt, *Handb.*, 2ª ediz., I, pag. 418 e 419, testo e nota 2.

(3) *Statuto della mercanzia di Piacenza del* 1263, c. 370.

(4) *Statuto della mercanzia di Milano del* 1341: « ex causa negociacionis vel mercandiae vel gestionis alicuius negociacionis vel pro cambiis ». *Statuto della mercanzia di Brescia del* 1429, cap. 43: « occasione negotiationis, mercati seu mercantiae lanarum pannorum, etc., et remunerationis vel mercedis dictis occasionibus, et pro depositis vel recomandationibus *occasione cambiorum vel aliorum actuum qui fieri contingerint de loco ad locum vel aliter* ».

Infine sono soggetti alla giurisdizione mercantile tutti gli affari connessi con una operazione commerciale, compiuti cioè *occasione negotiationis*, *occasione mercantiae*, *occasione cambiorum* (1).

Comincia così, subito, a delinearsi il concetto, che avrà poi importante sviluppo e ampia applicazione, dell'*atto di commercio*. Lo scopo, per cui esso sorse è, peraltro, ben limitato. La commercialità dell'atto non è, ancora, che condizione per attribuire alla competenza dei giudici consolari le controversie dei commercianti; ma il primo presupposto della giurisdizione mercantile è sempre la *professione* dei litiganti. È la qualità delle persone che viene in prima linea in considerazione. Siamo lontani ancora dall'idea di un atto di commercio isolato od occasionale, compiuto da un non commerciante.

La professione commerciale, nel sistema delle corporazioni, è legata alla formalità della *immatricolazione*. Mercante è, di regola, solo colui il quale è inscritto nel registro (*matricula*) della corporazione (2).

Tuttavia, da un lato la natural tendenza usurpatrice delle corporazioni, dall'altro la fiducia che il pubblico riponeva nei giudici consolari, condussero ben presto ad un allargamento della competenza dei consoli. La evoluzione non avvenne senza resistenza. Perchè, se le corporazioni lottavano per estendere la loro giurisdizione anche agli estranei, i comuni, gelosi della propria autorità, tendevano a restringere i poteri dei magistrati consolari entro lo stretto àmbito della corporazione. Ci imbattiamo così, non di rado, in esplicite disposizioni degli statuti comunali, che limitano la competenza dei

---

(1) *Statuto della mercanzia di Piacenza* (anteriore al 1276), n. 526: « occasione mercadantiae seu alicuius quaestionis pertinentes ad mercadantiam ». *Statuto della mercanzia di Milano del* 1341: « ex causa negociacionis vel mercandiae... vel aliqua occasione ex praedictis orta vel secuta ». *Statuto di Belluno del* 1424, II, 64: « in quaestionibus mercationum seu occasione mercantiae ».

(2) *Statuto di Brescia del* 1313, III, c. 59: « Et intelligatur mercator qui publice exercet mercadantiam et qui scriptus sit sua spontanea voluntate in uno libro penes consules mercadantiae. Et qui non inventus fuerit scriptus in dicto libro non intelligatur mercator ».

consoli alle controversie dipendenti da affari mercantili, *vertenti tra i membri della corporazione* (1).

Ma la tendenza espansiva della giurisdizione consolare finì col prevalere.

In primo luogo fu ammessa la competenza dei giudici commerciali nelle cause mercantili, di fronte agli estranei alla corporazione, che avessero contrattato con un mercante iscritto nella matricola. E ciò non solo quando l'iscritto alla corporazione fosse convenuto in giudizio da un estraneo: ma perfino quando l'estraneo fosse il convenuto (2).

Inoltre, derogando al principio che commerciante è solo colui che esercita la mercanzia, ed è iscritto nel registro della corporazione, si considerarono commercianti anche coloro che esercitavano il commercio senza far parte della corporazione. Ciò avvenne specialmente quando fu abolito il monopolio delle corporazioni e l'esercizio delle arti fu lasciato libero a ognuno (3).

Tuttavia, il principio che l'immatricolazione è necessaria per acquistare la qualità di commerciante, non fu formalmente abbandonato. Si ottenne, invece, il risultato di considerare commerciante chi esercitava il commercio senza regolare iscrizione nella matricola, mediante una *finzione*. Si fingeva che il commerciante non iscritto fosse iscritto, e, come tale, lo si sottoponeva alla giurisdizione mercantile.

In tal modo l'autorità delle corporazioni e la competenza dei giudici consolari si estendeva a coloro, che per la loro

---

(1) V., per es.: *Statuto di Parma del* 1235: « tantum de suprascriptis controversiis — inter suprascriptos mercatores — et non de aliis neque inter alias personas ». Altre citazioni in GOLDSCHMIDT, *Handb.*, I, pag. 438, nota 14, e in PERTILE, *Storia*, VI, 1, pag. 112, nota 7, e 113, nota 8.

(2) Es.: *Statuto della Società dei mercanti di Bologna* (anteriore al 1264) (ed. Gaudenzi, Roma 1896, pag. 115): « Et haec omnia dicimus et firmamus pro omnibus civibus et forensibus qui aliquam mercadantiam venderunt et specialiter pro campsoribus Bononiae, qui de aliquo mercatore Bononiae conquerantur de aliqua pecunia quam eis deberet occasione cambii vel mercadantiae ». *Cost. di Milano del* 1541, lib. V, rub. *de officio oblatum:* « inter negotiatores et contrahentes cum eis ex causa mercimonii tantum ». Vedi GOLDSCHMIDT, *Handb.*, I, pag. 438, nota 14.

(3) PERTILE, *Storia*, II, parte I, pag. 192.

condizione sociale, non potevano essere iscritti alla corporazione, come i nobili, i chierici, i militari, quando, violando il divieto che inibiva loro l'esercizio della mercatura, avessero effettivamente assunto la qualità di commerciante (1). E in seguito si giunse a stabilire generalmente che chiunque agisse o fosse convenuto *ex causa negotiationis vel cambii* dovesse ritenersi per commerciante, cioè membro della corporazione e, come tale, soggetto alla giurisdizione dei consoli (2).

Ciò non significava però, come si è qualche volta affermato (3), che si giungesse fino a concepire un *atto di commercio isolato*, e indipendentemente dalla qualità e dalla professione di chi lo compie. No: la giurisdizione commerciale restava pur sempre una giurisdizione *professionale*, e il diritto commerciale il diritto *dei commercianti;* soltanto, nel determinare la qualità di commerciante, si prescindeva dal requisito della immatricolazione, e si aveva riguardo solo all'effettivo esercizio del commercio (4). L'importanza della evoluzione accennata stava dunque unicamente in ciò: che mediante la finzione, per cui il commerciante non iscritto era equiparato al commerciante iscritto, si veniva praticamente ad eliminare il requisito *formale* della immatricolazione dalle condizioni richieste per acquistare la qualità di commerciante ed essere assoggettati alla giurisdizione e alla legge dei commercianti.

Tuttavia è certo che in questo modo si veniva a dar nuovo rilievo al concetto, già sorto, dell'*atto di commercio*. Mentre prima l'atto di commercio serviva solo a determinare la

---

(1) Manara, *Atti di commercio*, Torino 1887, pag. 16 e 17; Endemann, in *Zeitschr.*, V, pag. 359.

(2) *Statuto dei mercanti di Piacenza del* 1323, in *Mon. hist.*, Parma 1860, pag. 200: « Quaecumque persona aget vel conveniet de coetero ex causa negociacions vel cambii intelligatur esse mercator absque alia probatione » e nelle aggiunte, pag. 210: « Quod omnes contrahentes ex causa negociacionis vel cambii habentur et reputantur pro mercatoribus ». Manara, op. cit., pag. 18 e 19; Vivante, *Trattato*, I, pag. 7.

(3) Per es., da Manara, *Atti di commercio*, pag. 18 e 19, e da Goldschmidt, *Handb.*, I, pag. 438.

(4) Arcangeli, *Contributi alla teoria generale degli atti di commercio*, in *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, pag. 13 dell'estratto.

natura della causa, ora esso era addirittura assunto a criterio per stabilire la professione del litigante. Siamo, dunque, bensì, sempre nell'àmbito di un diritto professionale; ma in cui la professione va determinandosi in base ad un criterio non più solo *formale*, ma *sostanziale*.

Per svincolare completamente il diritto commerciale dal suo involucro professionale bisognava fare un passo assai più grave: considerare l'atto di commercio per sè, indipendentemente dalla qualità di chi lo compie; cioè concepire un atto di commercio isolato, posto in essere da un non commerciante. E a ciò si doveva giungere solo molto più tardi.

5. L'Italia del XV secolo, fiorente per le industrie ed i commerci, ricca di capitali, politicamente indipendente, se pur ancora divisa, portava con sè i germi della prossima rovina. La stessa floridezza economica aveva, come spesso accade, acuito la coscienza degli interessi individuali, e diffuso un sentimento di generale egoismo. La lunga pace aveva distolto gli italiani dall'abitudine delle armi, li aveva resi imbelli e ripugnanti dal sangue e dalla lotta. Intanto, intorno a questo paese, che era contemporaneamente il più ricco e il più fiacco d'Europa, crescevano i grandi Stati nazionali retti da forti monarchie guerriere. Accadde quello che non si poteva evitare: l'Italia ricca, ma disarmata, fu preda dei suoi potenti vicini. Pochi decennî del secolo XVI bastarono a compire la catastrofe.

La servitù politica trasse con sè, come era fatale, la decadenza economica. Altre cause immediate concorsero, indubbiamente, ad affrettarla: la scoperta dell'America e quella della grande via marittima delle Indie per il Capo di Buona Speranza, che spostarono dal Mediterraneo all'Atlantico l'asse del commercio marittimo mondiale; la conquista turca, che inaridì le fonti della vita economica del Levante, e cagionò la rovina del commercio, già così fiorente, del Mediterraneo orientale. Ma la causa ultima della decadenza economica dell'Italia, che si inizia col secolo XVI, deve, pur sempre, ricollegarsi con la sua rovina politica, che le tolse ogni energia, l'abbandonò ai disordini di amministrazioni straniere cupide e spogliatrici, la fece campo di battaglia dell'Europa, le impedì

di partecipare, come avrebbe potuto, ai benefici delle nuove scoperte geografiche, a cui i suoi navigatori e i suoi viaggiatori avevano dato largo contributo, e le tolse il modo di contrastare efficacemente l'avanzata delle armi turche in Levante.

Come era naturale, il passaggio dal primato commerciale alla assoluta decadenza non avvenne d'un tratto. Troppo profonde e tenaci erano le tradizioni del commercio italiano perchè potessero andar disperse in pochi anni. Nelle regioni, che il dominio straniero non aveva percosso, come nella Repubblica Veneta, le correnti dei traffici si mantenevano vive. Ancora per tutto il secolo XVI, benchè non si potesse più parlare di primato industriale e commerciale dell'Italia, l'influenza italiana nel commercio europeo fu notevole. Ma sopratutto si mantenne alto il prestigio delle istituzioni commerciali della penisola. Grande era ancora, e rimase, per lungo tempo, l'influenza del pensiero italiano, in tutti i rami della cultura. Nelle scienze, nelle arti, nella moda, l'Italia dettò legge fino al XVII secolo. Nessuna meraviglia pertanto se, anche dopo iniziata la decadenza del commercio italiano, persistesse il primato dell'Italia nel campo del diritto commerciale (1).

In questo periodo, le fonti legislative e consuetudinarie del diritto commerciale furono ben lontane dalla rigogliosa attività dei secoli precedenti. Cadute le libertà comunali, resa anemica la vita delle corporazioni, diminuita l'importanza del ceto commerciale, l'opera creatrice della consuetudine e degli statuti si rallentò. Per compenso, divenne considerevole il contributo della dottrina e della giurisprudenza. Appunto nel secolo XVI ebbe inizio una vera letteratura del diritto commerciale. Mentre, nei secoli antecedenti, gli scrittori erano o teorici, principalmente canonisti, che esponevano un diritto commerciale di scuola, non quello vivo e vigente, o commercianti, che si occupavano più della tecnica commerciale che del diritto, col Cinquecento si aprì la serie dei giuristi che esposero ed elaborarono veramente il diritto commerciale.

---

(1) Lo riconosce il REHME, *Geschichte*, pag. 178. Su questo, come su altri punti, le idee del BOURCART, *Esquisse*, pag. 268, sono superficiali e inesatte.

Per merito di BENVENUTO STRACCA, anconitano († 1577) si ebbe il primo trattato di diritto commerciale: *Tractatus de mercatura seu mercatore*, edito per la prima volta a Venezia nel 1553 (1).

Anche le decisioni giudiziarie, col passaggio della giurisdizione dalle corporazioni allo Stato, e con la costituzione di magistrature commerciali, in cui avevano parte giuristi di professione (2), acquistarono un carattere di maggiore riflessione ed elaborazione. Ebbero pertanto autorità e diffusione le *raccolte delle decisioni giudiziarie* in materia commerciale, specialmente quelle della *Rota di Genova* (3).

Col secolo XVII la letteratura italiana di diritto commerciale si arricchì di numerose opere, di carattere pratico più che sistematico (inferiori in questo al trattato dello STRACCA), ma preziose per la elaborazione del ricchissimo materiale giurisprudenziale.

SIGISMONDO SCACCIA, di Genova, si occupò specialmente di diritto cambiario nel suo *Tractatus de commerciis et cambio* (pubblicato per la prima volta a Roma nel 1618); RAFFAELE DE TURRI, di Genova, trattò lo stesso argomento nel *Tractatus de cambiis* (edito per la prima volta a Genova nel 1641); FRANCESCO ROCCO, di Napoli, espose, in appendice ai suoi *Responsa legalia*, in sei titoli, la materia delle cambiali, del mandato commerciale, delle società, delle navi e del nolo, delle assicurazioni, del fallimento (*Responsorum legalium cum decisionibus centuriae duo, ac mercatorum notabilia in sex titulos distributa*, 1ª ediz., Napoli 1655); ANSALDO DE ANSALDI, di Firenze, uditore del *Rota romana*, scrisse i *Discursus legales*

---

(1) FRANCHI, *Benvenuto Stracca, giureconsulto anconetano del sec. XVI*, Roma 1888, e, su di esso, TAMASSIA, in *Arch. giur.*, XLII, pag. 365, 370; GOLDSCHMIDT, *Benvenutus Stracca anconetanus und Petrus Santerna Lusitanus*, in *Zeitschr.*, XXXVIII, pag. 1 e segg., e su di esso, FRANCHI, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, XI, pag. 104 e segg.; LATTES, *Lo Stracca giureconsulto*, in *Riv. di dir. comm.*, VII, 1909, pag. 624-649.

(2) FRANCHI, *Sulla giurisdizione mercantile in Italia*, in *Archivio giur.*, XXXVI, pag. 38-61; PERTILE, *Storia*, VI, 1, pag. 116 e 117; ROSENBERG, *Handelsgerichtsbarkeit*, pag. 431.

(3) *Decisiones Rotae Genuae de mercatura*, 1ª ediz., Venezia 1552; 3ª ediz., Francoforte 1592.

de commercio et mercatura (editi per la prima volta a Roma nel 1689); il cardinale Giovanni Battista de Luca, di Venosa († 1683), dedicò varî libri (specialmente il *quinto*, il *settimo* e l'*ottavo*) del suo monumentale *Theatrum veritatis et iustitiae* (Venezia 1734, Napoli 1758) alle materie commerciali; Carlo Targa trattò il diritto marittimo nelle sue *Ponderationi sopra le contrattazioni marittime* (1ª ediz., Genova 1692); e, infine, Giuseppe Maria Lorenzo de Casaregi, genovese († 1737), ultimo dei grandi commercialisti di questa epoca, a cui dobbiamo i *Discursus legales de commercio* (1ª ediz., Firenze 1719), un commento al *Consolato del mare* (in appendice al I volume dei *Discorsi*) e il *Cambista istruito per ogni caso di fallimento* (Firenze 1729) (1).

6. Malgrado questa ricca fioritura dottrinale e giurisprudenziale, l'Italia andava sempre più perdendo, nel campo del diritto commerciale, quel primato, che nel Medio Evo aveva posseduto in modo incontestabile. Altri paesi, la Spagna, l'Olanda, e sopratutto la Francia, ai quali era oramai trasferita la potenza politica e commerciale, vennero successivamente acquistando importanza nel campo del diritto dei traffici.

In *Spagna* le più fiorenti città commerciali ebbero una speciale giurisdizione mercantile, esercitata da particolari tribunali commerciali e marittimi. Oltre Barcellona, alla pratica del cui tribunale marittimo (*Consulatus maris*) si deve la compilazione detta appunto *Libro del consolato del mare*, di cui si è parlato (2), ebbero una giurisdizione commerciale speciale Valenza, Burgos, Siviglia, Bilbao, S. Sebastiano. Questi tribunali furono regolati con apposite norme, contenute in *ordinanze* approvate dal Re. Di tali ordinanze particolare autorità acquistarono quelle di Bilbao, la cui raccolta più antica risale al 1560 (3). Redazioni successive ne furono fatte negli anni 1672, 1675, 1677, 1688, 1731. L'ultima e più

---

(1) Altre notizie sul Casaregi, in Goldschmidt, *Handb.*, I, pag. 37 e pag. 38.

(2) V. pag. 14.

(3) Goldschmidt, *Handb.*, I, pag. 40; Rehme, *Gesch.*, pag. 181.

completa è del 1737, la quale risente però già l'influsso delle ordinanze francesi (1).

In *Francia*, sotto il regno di Luigi XIV, si fanno i primi tentativi di unificazione e di codificazione delle leggi mercantili, e vengono promulgate le due celebri *ordinanze:* quella del *Commercio* del 1673 e quella della *Marina* del 1681, dovute entrambe a Colbert. Con queste ordinanze, che riassunsero e sistemarono le norme sparse nei varî statuti delle città commerciali italiane, e i risultati della dottrina italiana, passò alla Francia, a cui era già passata la egemonia nelle industrie e nei traffici, anche il primato nella giurisprudenza commerciale (2).

Tuttavia le ordinanze francesi del 1673 e del 1681 ebbero maggior importanza per la sistemazione dei principî e delle norme sparse in innumerevoli fonti legislative e dottrinali, che per la novità del contenuto. Non credo invero si possa loro attribuire il merito di avere profondamente modificato il carattere del diritto commerciale, e di avere per la prima volta creato degli atti di commercio *obiettivi*, ossia degli atti dichiarati commerciali dal legislatore, e perciò sottoposti all'impero delle leggi commerciali e alla giurisdizione dei giudici consolari, indipendentemente dalla qualità di coloro che li compiono (3).

È vero infatti che l'ordinanza del 1673 negli art. 2 e 7 attribuiva le controversie dipendenti dalle cambiali e da alcuni contratti del commercio marittimo alla competenza dei consoli, da chiunque fossero stati compiuti. Ma ciò non significa ancora che un atto *isolato*, della categoria di quelli enumerati dall'ordinanza, basti, *di per sè solo*, e indipendentemente dalla professione mercantile di chi lo pone in essere, a determinare l'applicazione della legge e della giurisdizione commerciale. Questo l'ordinanza non dice; e perciò da quelle due disposizioni non si può trarre altra conseguenza se non questa: che il compimento degli atti indicati negli art. 2 e 7 (lettere di cambio, operazioni del commercio marittimo) fa

(1) Goldschmidt, *Handb.*, I, pag. 41.
(2) Franchi, *Manuale*, pag. 9; Bourcart, *Esquisse*, pag. 276 e segg.
(3) Manara, *Atti di commercio*, pag. 19 e 20.

presumere in chi li compie la qualità di commerciante *e a questo titolo* li sottopone all'impero delle leggi e alla giurisdizione dei tribunali commerciali. Tanto è ciò vero che il JOUSSE, autorevole commentatore dell'ordinanza, così ne spiega il sistema: « Les bourgeois et autres, qui ne sont ni marchands, ni artisans, même les officiers, qui se mêlent d'acheter et revendre, son réputés marchands..... quoiqu'ils ne fassent le commerce qu'en passant » (1).

La radicale trasformazione del carattere del diritto commerciale nel senso della obiettivazione fu operata dal codice di commercio francese del 1807, la cui promulgazione segna veramente un'epoca nella storia del diritto commerciale.

Già Luigi XVI aveva vagheggiato una riforma dell'ordinanza del 1673 e a questo scopo aveva nominato una Commissione; ma la rivoluzione interruppe il disegno, che venne ripreso da Napoleone primo console. Nel 1801 fu istituita una Commissione di sette membri, parte giuristi, parte uomini d'affari, che, alla fine dello stesso anno, presentò un progetto, accompagnato da una relazione esplicativa. Questo progetto, modificato sulle osservazioni della magistratura e delle camere di commercio, fu presentato al Consiglio di Stato, dove fu lungamente discusso, e venne finalmente approvato dal Parlamento con cinque deliberazioni successive, dal 10 al 15 settembre 1807. Fu posto in vigore il 1° gennaio 1808.

Questa data segna un momento decisivo nella storia del diritto commerciale.

La base, è vero, su cui venne elaborato il codice, furono le due ordinanze del 1673 e del 1681, ma il progresso conseguito, sia dal punto di vista della forma, sia da quello della sostanza, fu enorme. In prima linea, come importante e caratteristica, sebbene non sia stata prima messa nella luce che merita, poniamo l'innovazione concernente il campo di applicazione del diritto e della giurisdizione commerciale. La portata e il valore della innovazione non possono cogliersi, se non si segnano, attraverso i lavori preparatorî, le vicende che portarono alla formulazione degli art. 631, 632 e 633, nei quali è appunto consacrato il sistema, per cui il diritto com-

(1) JOUSSE, *Commentaire sur l'ordonnance*, pag. 294.

merciale cessò di essere il diritto *dei commercianti*, e divenne il diritto degli *atti di commercio*. La Commissione, che redasse il primo progetto, proponeva che fosse sottoposta alla giurisdizione dei tribunali di commercio ogni contestazione per fatti di commercio, e perciò stabiliva: « la competenza dei tribunali di commercio si determina per il fatto che dà luogo alla contestazione » (1). Questa proposta fu approvata da talune corti e da taluni tribunali e fu combattuta da altre corti e da altri tribunali, che trovarono troppo grave l'innovazione, per cui si veniva a capovolgere il sistema dell'ordinanza del 1673 (2). In definitiva, prevalse un sistema, che fu qualificato come intermedio fra quello della competenza *reale* proposto dalla Commissione, e quello della competenza *personale* dell'ordinanza del 1673 (3). Ma in realtà, esso significava la trasformazione del diritto commerciale da diritto dei commercianti in diritto degli atti di commercio. Per l'art. 631 infatti del codice la giurisdizione dei tribunali di commercio (e quindi l'impero del diritto commerciale) si estende: 1° a tutte le obbligazioni e transazioni fra negozianti, mercanti e banchieri; 2° a tutti gli atti di commercio, qualunque siano le persone fra le quali intervengono. E gli art. 632 e 633 enumerano quattordici categorie di atti di commercio. In sostanza dunque, con gli art. 632 e 633 si allarga il campo di applicazione del diritto commerciale a tutti gli atti di commercio, prescindendo dalla qualità e dalla professione delle persone che li pongono in essere. Ora in tale allargamento appunto sta la trasformazione sopra accennata, sta la obiettivizzazione del diritto commerciale. È vero che con questi articoli non si abolisce la disposizione del diritto anteriore, per cui la giurisdizione e il diritto commerciale si estendevano ai rapporti tra commercianti per atti di commercio: ma una volta stabilito che *tutti gli atti* di commercio, da chiunque compiuti, vanno soggetti alle leggi e al giudice commerciale, quella stessa disposizione viene a mutare significato e a ridursi a semplice *presunzione* di commercialità per gli atti interve-

---

(1) Cfr. Locré, *Esprit du code de commerce*, VIII, pag. 210 e seg.
(2) Locré, op. cit., VIII, pag. 211 e segg.
(3) Locré, op. cit., VIII, pag. 236 e segg.

nuti fra i commercianti. Diventa cioè una semplice *appendice* dell'altra disposizione, che assoggetta all'impero della legge commerciale tutti gli atti di commercio. Quando infatti si dice che tutti gli atti di commercio, compiuti da *commercianti e da non commercianti*, rientrano nella sfera d'azione del diritto e della legge commerciale, si pone una norma generale e assorbente, che comprende anche gli atti di *commercio* compiuti fra commercianti, di fronte alla quale la regola, per cui tutti gli atti fra commercianti sono soggetti alla legge commerciale, si riduce ad una norma accessoria, a una semplice presunzione di commercialità.

Il codice napoleonico, primo saggio di una compiuta codificazione del diritto commerciale, ebbe, anche per opera delle conquiste napoleoniche, che lo introdussero e lo fecero conoscere in tutta Europa, una diffusione immensa ed una indiscussa autorità. Esso consta di 648 articoli ed è diviso in quattro libri: libro primo: *del commercio in generale;* libro secondo: *del commercio marittimo;* libro terzo: *dei fallimenti e delle bancherotte;* libro quarto: *della giurisdizione commerciale.* Questo codice, tradotto con lievi modificazioni, fu pubblicato nel Regno italico il 17 luglio 1808 e vi ebbe vigore fino alla Restaurazione (1814).

7. Ma come la legislazione civile, così anche quella commerciale dell'impero napoleonico sopravvisse, in gran parte, alla caduta dell'impero francese in Italia. Il codice di commercio francese fu infatti conservato in vigore: nelle provincie pontificie, coi due editti 5 luglio 1815 e 1° giugno 1821, sotto il titolo di *Regolamento provvisorio di commercio:* nel regno di Napoli, dove nel 1819 fu sostituito dalle *Leggi di eccezione per gli affari di commercio*, 5ª parte *del codice per lo regno delle Due Sicilie*, calcato pure sul codice francese; e infine a Parma e in Toscana. Anche nel Lombardo-Veneto l'Austria lasciò in vigore il primo libro del codice francese, fino a che nel 1850 fu promulgata l'ordinanza di cambio germanica, e nel 1863 vennero introdotti i primi quattro libri del codice di commercio germanico.

Nel ducato di Modena venne, dopo la Restaurazione, richiamato in vigore il codice estense del 1771: nel 1851 vi

fu però promulgato un codice di commercio, che durò in vigore fino al 1865. In Piemonte pure vennero richiamate in vigore le antiche leggi e consuetudini: ma anche qui si sentì presto il bisogno di una riforma, che venne attuata da Carlo Alberto nel 1842 colla promulgazione di un codice di commercio, detto *albertino*, il quale non fu che una fedele riproduzione del codice francese, modificato dalle leggi posteriori.

Costituitosi il regno d'Italia, l'opera di unificazione legislativa compiutasi nel 1865, comprese anche il codice di commercio. A base del nuovo codice fu preso il codice albertino, che venne però modificato in alcuni punti, specie per ciò che concerne i mediatori, le cambiali e le società: così modificato fu pubblicato per tutto il regno con legge 25 giugno 1865 e posto in vigore a datare dal 1° gennaio 1866.

Ma, non appena promulgato il nuovo codice, si sentì il bisogno di preparare una riforma più ampia e più meditata. Tre anni dopo l'andata in vigore del codice del 1865, cioè nel 1869, venne istituita una Commissione, coll'incarico di preparare un progetto di codice di commercio. Nel 1872, questa Commissione compilò un *progetto preliminare*. Gli *atti* di essa vennero pubblicati in cinque volumi (Firenze, Stamperia reale, 1872-1873) e, esaurita la prima edizione, ristampati in tre volumi (Roma, Stamperia reale, 1884). Il *progetto preliminare* della Commissione del 1869 venne comunicato alle Camere di commercio, alle Corti di appello e di cassazione, ai collegi degli avvocati ed alle facoltà di giurisprudenza: le risposte vennero pubblicate in un volume (*Osservazioni e pareri della magistratura, ecc.*, Firenze, Stamperia reale, 1878). Quindi fu nominata una seconda Commissione, perchè, tenendo conto delle osservazioni raccolte, preparasse un *progetto definitivo*. Gli atti di questa Commissione non furono mai pubblicati, ma il progetto definitivo fu presentato al Senato dal ministro Mancini nel 1877, con una dotta relazione, che rende conto delle disposizioni del progetto fino al titolo delle società (*Relazione od esposizione dei motivi del progetto del codice di commercio del Regno d'Italia*, Roma, Stamperia reale, 1878). Questo progetto non venne discusso per intero dal Senato: venne invece da questo approvato un disegno di legge, che dava facoltà al Governo di pubblicare il codice di commercio,

secondo il progetto presentato al Senato, tenendo conto delle osservazioni fatte al Senato stesso (30 giugno 1880). La Camera dei deputati approvò anch'essa, su relazione dei deputati Mancini e Pasquali, il progetto, con alcune modificazioni, che ne resero necessario il ritorno al Senato. Tutti i lavori preparatori del periodo che va dal 1877 al 1882 furono pubblicati nel 1882 in due volumi. Approvato di nuovo dal Senato, il progetto divenne legge, per decreto del 2 aprile 1882. In esecuzione della qual legge venne nominata una *Commissione*, detta *di coordinamento*, coll'incarico di emendare il testo del codice, secondo i voti della Camera e del Senato, di coordinarlo colle altre leggi dello Stato, e di proporre le disposizioni transitorie; i lavori di questa Commissione furono pubblicati nel 1885 (Roma, Botta, 1885). Sulle proposte di questa Commissione il testo definitivo del codice venne approvato con regio decreto 31 ottobre 1882 ed ebbe vigore il 1° gennaio 1883 (1).

Il codice del 1883, tuttora vigente, consta di 926 articoli ed è diviso in quattro libri; libro primo: *del commercio in generale;* libro secondo: *del commercio marittimo e della navigazione;* libro terzo: *del fallimento;* libro quarto: *dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata.* Il nuovo codice sentì l'influsso del codice francese e della legislazione francese per ciò che concerne il diritto marittimo e il fallimento; della legislazione belga, per le società; della legislazione ger-

---

(1) Tutti i lavori preparatorî del codice di commercio vigente, dal 1869 al 1882, sono adunque compresi nei seguenti volumi:

a) *Atti della Commissione incaricata di preparare il progetto di codice di commercio per il Regno d'Italia* (Firenze 1872-1873, 2ª ed., Roma 1884, con una appendice contenente i lavori preparatorî del codice di commercio del 1865), 1ª ed. 5 vol., 2ª ed. 3 volumi;

b) *Osservazioni e pareri della magistratura,* ecc., sul progetto proposto da quella Commissione (Roma 1878), 1 vol.;

c) *Relazione od esposizione dei motivi* del Ministro Mancini al Senato (Roma 1878), 1 volume;

d) *Lavori preparatorî del codice di commercio del Regno d'Italia* (Roma 1883), 2 vol., in due parti ciascuno;

e) *Atti della Commissione* nominata con incarico di studiare le disposizioni e modificazioni concernenti il nuovo codice di commercio (Roma 1885), 1 volume.

manica, per il diritto cambiario. Nel complesso esso si stacca notevolmente dal modello francese, su cui si avvantaggia assai per la completezza, l'ordine e il sistema, ma non può certo dirsi un codice originale, per quanto sia da lodare per parecchie importanti innovazioni su tutti i codici allora vigenti.

8. *Cenni di diritto comparato.* — Oggidì le legislazioni vigenti possono ricondursi tutte a sei tipi principali:

1° legislazioni di tipo francese, a cui appartiene sostanzialmente anche la legislazione italiana;

2° legislazioni di tipo germanico;

3° legislazioni di tipo spagnolo;

4° legislazioni di tipo inglese;

5° legislazione russa;

6° legislazioni scandinave.

1. *Legislazione di tipo francese.* — Anche la *legislazione francese*, nel secolo ormai trascorso dalla promulgazione del codice napoleonico, ha progredito; leggi speciali hanno ormai modificato e completato quasi per intero il testo primitivo; citeremo fra le più importanti: la legge 28 maggio 1838 che riformò completamente il terzo libro (*del fallimento*); le leggi 24 luglio 1867 e 1° agosto 1893 sulle *società;* la legge 4 marzo 1885 sulle *liquidazioni giudiziarie;* la legge 17 marzo 1909 sulle *vendite delle aziende commerciali;* la legge 18 marzo 1915 sul *registro di commercio;* la legge 18 dicembre 1915 sulle *società cooperative;* la legge 26 gennaio 1917 sugli *chèques;* la legge 24 giugno 1921 sulle *associazioni in partecipazione;* la legge 8 febbraio 1922 sulle *cambiali*, ecc.

Il *Belgio*, che aveva accolto integralmente il codice francese, lo sottopose poi ad una completa revisione. Il *code de commerce belge revisé* fu pubblicato, mediante una serie di leggi speciali, dal 1867 al 1879. Successivamente vennero pubblicate: le leggi 22 maggio 1886 e 25 maggio 1913 sulle *società commerciali* (le cinque leggi belghe in materia di società vennero riunite in testo unico con decreto del 22 luglio 1913); la legge 25 agosto 1891 sul *contratto di trasporto;* la legge 10 febbraio 1908 sulla *navigazione marittima.*

La *Grecia* e l'*Olanda* hanno ancora il codice di commercio francese. In Grecia il codice francese fu messo in vigore con

legge 19 aprile 1835 in una traduzione non priva di errori (fra le leggi posteriori la più importante è la legge 13 dicembre 1878 sui *fallimenti*). In Olanda il codice di commercio, calcato sul modello francese, è del 10 aprile 1838. L'Olanda però prepara una riforma della sua legislazione commerciale, che finora ha condotto alla promulgazione di una legge speciale sul fallimento e la moratoria del 30 settembre 1893, modificata con legge del 6 settembre 1895 e poi con legge del 9 giugno 1902. Hanno adottato altresì il codice francese l'Egitto (codice del 13 novembre 1883) e la Turchia (codice del 28 luglio 1850).

2. Al gruppo *germanico* appartengono: la legislazione commerciale dell'*Impero Germanico* e dell'*Austria*, la legislazione *svizzera* e la legislazione *giapponese*.

a) *Germania*. L'unificazione della legislazione commerciale precedette, in Germania, di molti anni la unificazione politica. Fin dal 1845 varî Stati germanici nominarono d'accordo una Commissione coll'incarico di preparare un progetto per una legge generale sulle cambiali. Questa Commissione si radunò a Lipsia nel 1847 e pubblicò il *Progetto di una ordinanza di cambio tedesca* che viene adottato come legge dei varî Stati nell'anno 1848. L'unificazione della restante legislazione commerciale non avvenne che parecchi anni più tardi. Solo nel 1857 si radunò a *Norimberga* una Commissione, nominata dai varî Stati della federazione germanica, coll'incarico di procedere alla compilazione di un progetto di *codice generale di commercio germanico*. La Commissione di Norimberga terminò i suoi lavori nel 1861. Il progetto da essa preparato fu in breve adottato come legge da quasi tutti gli Stati della Germania: prima di tutti la Prussia colla legge 24 giugno 1861. In questo codice veniva regolata tutta la materia commerciale, eccezione fatta del diritto cambiario. *Il fallimento o concorso*, che in Germania è istituto comune ai commercianti e ai non commercianti, fu regolato con legge apposita del 10 febbraio 1877. La particolarità più saliente del codice germanico del 1861 sta nell'avere ulteriormente esteso la sfera di applicazione del diritto commerciale, in quanto, per la disposizione del § 277, le norme del diritto commerciale si applicano anche agli atti, che siano commerciali per una sola delle parti; il che significa allargare l'impero

della legge commerciale ad ogni atto della vita civile di un non commerciante, che abbia contrattato con un commerciante.

La pubblicazione del codice civile germanico avvenuta nel 1896, rese necessaria una revisione generale di tutta la legislazione germanica di diritto privato. Anche il codice di commercio fu compreso in questa opera di revisione e di coordinamento: e venne pubblicato, con notevoli modificazioni, il 10 maggio 1897. Sulla base del codice civile venne sottoposta a revisione anche la legge sui concorsi, ripubblicata il 20 maggio 1897. Per le cambiali è tuttora in vigore la legge del 1848, pubblicata per tutto l'impero germanico nel 1871. Il nuovo codice del 1907 segna anch'esso una data nella storia del diritto commerciale: dopo tanti secoli di progressivo allargamento del campo d'azione del diritto commerciale, per la prima volta si nota un arresto anzi, addirittura, un regresso. Per il codice del 1897 (§ 1 e 343) il diritto commerciale torna a regolare l'attività dei *commercianti* e resta fuori del suo àmbito l'atto isolato di commercio del non commerciante (1).

b) *Austria* e paesi ex-austriaci. In Austria fu nel 1850 adottata integralmente la legge cambiaria germanica, e nel 1862 il codice di commercio germanico del 1861. Per i fallimenti vige un'ordinanza del 19 dicembre 1914; per le assicurazioni una legge del 23 dicembre 1917.

c) *Ungheria* e paesi ex-ungheresi. L'Ungheria ha una legislazione di tipo prettamente tedesco; il codice di commercio è del 16 maggio 1875; la legge cambiaria del 5 giugno 1876; la legge sui fallimenti del 27 marzo 1881.

d) *Svizzera*. La Svizzera ha unificato la sua legislazione commerciale nel 1881; particolarità singolare di questa legislazione è la fusione del diritto civile e commerciale in una *legge unica delle obbligazioni* del 14 giugno 1881; la legge sul fallimento e sulla esecuzione per debiti è dell'11 aprile 1889; quella sul contratto di assicurazione del 2 aprile 1908. Il 10 dicembre 1907 la Svizzera ha unificato anche il suo diritto civile, promulgando il codice civile svizzero in quattro parti, escluso cioè il diritto delle obbligazioni. Il diritto delle

---

(1) Cfr. su ciò Bolaffio, *Dir. comm.*, 1897.

obbligazioni costituisce ora la quinta parte del codice civile che è stata ripubblicata dopo una revisione, il 30 marzo 1911. Il codice civile completo in cinque parti è andato in vigore il 1° gennaio 1912.

e) *Giappone*. Di tipo germanico è anche il codice di commercio giapponese del 7 marzo 1899 (ripubblicato in nuova forma il 2 maggio 1911).

3. Al gruppo *spagnuolo* appartengono: il codice spagnuolo, il portoghese e i codici delle repubbliche del Sud-America.

a) *Spagna*. La Spagna ebbe nel 1829 un codice di commercio, in cui, pur mettendosi largamente a profitto il codice francese del 1808, si utilizzarono anche le fonti indigene di diritto commerciale, in ispecie le *ordinanze* di Bilbao. Questo codice fu in vigore fino all'anno 1886, in cui venne sostituito dal nuovo codice di commercio promulgato il 22 agosto 1885. Il fallimento, esteso come procedura concorsuale anche ai non commercianti, è regolato dalla legge di procedura civile del 1881 e da una legge speciale del 10 giugno 1897.

b) *Portogallo*. Il primo codice di commercio portoghese è del 1833, sostituito col codice del 23 agosto 1888; il fallimento è regolato da una legge del 26 luglio 1899 (ripubblicata come legge processuale commerciale il 14 dicembre 1905).

c) Delle *Repubbliche del Sud-America*, alcune hanno codici che sono la quasi letterale riproduzione del codice spagnuolo del 1829, come la *Bolivia* (codice del 1834); il *Perù* (codice del 1902); la *Columbia* (codice del 1869); il *Messico* (codice del 1889); l'*Uruguay* (codice del 1866). Altre, come il *Brasile*, presero a modello il codice portoghese del 1833: il codice brasiliano è stato promulgato il 25 giugno 1850 ed è entrato in vigore il 25 dicembre 1850. La parte relativa al fallimento è stata profondamente modificata con decreto 14 novembre 1880, alla sua volta modificato dalla legge 16 agosto 1902 e dal decreto 3 giugno 1903, che vennero, da ultimo, sostituiti dalla legge 17 dicembre 1908. Le società anonime sono regolate dal decreto 4 luglio 1891 e le assicurazioni dal decreto 12 dicembre 1903. Qualche originalità hanno il codice del *Chilì*, che è stato promulgato il 23 novembre 1865

ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1867, quello dell'*Argentina*, codice del 1889, completato dalle leggi 30 dicembre 1902 sul fallimento, e il codice del *Venezuela*, del 17 dicembre 1904. Il *Paraguay*, in virtù di una deliberazione del congresso del 5 ottobre 1903, introdusse il codice di commercio argentino con tutte le modificazioni, che vi erano state apportate sino al 5 ottobre 1889.

4. Al gruppo *anglo-sassone* appartengono il diritto *inglese* e *nord-americano*. Ambedue hanno questo di caratteristico: che sono nella sostanza consuetudinari, e che non esistono in essi norme speciali per la materia commerciale. I principî generali del diritto comune (*common law*) sulle obbligazioni civili valgono anche per le obbligazioni commerciali. Vi sono però, tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti d'America, molte leggi speciali, che regolano singoli istituti di diritto commerciale. Fra le leggi inglesi citiamo la legge sulle cambiali del 18 agosto 1882, modificata con legge 4 agosto 1906; la legge sul commercio marittimo del 25 agosto 1894, modificata da varie leggi successive; la legge sul fallimento del 25 agosto 1883; la legge sulle società del 21 dicembre 1908. Le leggi nord-americane variano da Stato a Stato dell'Unione e sono talmente numerose da non potersene qui dare neanche un breve cenno. Solo il fallimento è regolato da una legge federale del 1° luglio 1898, completata da varie leggi successive.

Due gruppi a parte formano il diritto commerciale *russo* e quello degli *Stati Scandinavi*.

5. Quanto alla legislazione commerciale russa, non esiste un codice di commercio vero e proprio. Le leggi generali dell'impero formavano una collezione di parecchi volumi, ognuno dei quali diviso in più parti. L'XI volume, seconda parte, conteneva le sei leggi principali, regolanti la materia commerciale; l'ultima edizione di questo XI volume è del 1893. Delle società si occupava invece il X volume, consacrato al diritto civile; l'ultima edizione è del 1895. Il governo dei Soviet sta ora provvedendo ad una nuova legislazione e già ha pubblicato il codice civile, entrato in vigore il 1° gennaio 1923, dove è regolata la materia delle obbligazioni e sono disciplinati istituti di carattere commerciale, quali le società ano-

nime. È entrato anche in vigore, il 1° dicembre 1922, il codice agrario; ed il 9 novembre 1922 il codice del lavoro, che regola la condizione giuridica degli operai. Con decreto poi del 27 luglio 1918 venne disciplinata la materia dei libri di commercio.

6. Gli *Stati Scandinavi* (Danimarca, Svezia e Norvegia) hanno ancora a base della loro legislazione commerciale le antiche leggi dei secoli XVII e XVIII. La Danimarca e la Norvegia hanno il codice di Cristiano IV del 1683; la Svezia il codice del 1734. Tutti e tre questi Stati, in seguito ad una intesa comune, hanno adottato una legge cambiaria uniforme, del 7 maggio 1880, la quale è in vigore dal 1° gennaio 1881; sono pure comuni una legge relativa al registro del commercio ed al nome commerciale, un codice commerciale marittimo promulgati in Isvezia il 12 giugno 1891, in Danimarca il 1° aprile 1892 e in Norvegia il 20 luglio 1893, ed una legge sugli *chèques*.

Nella *Svezia*, in particolare, sono in vigore le leggi 20 giugno 1905 sulla vendita e lo scambio dei beni mobili; 18 settembre 1862 sui fallimenti; 24 luglio 1903 sulle operazioni di assicurazione e 12 agosto 1910 sulle società per azioni, entrata in vigore, quest'ultima, il 1° gennaio 1912.

Nella *Norvegia* si hanno le leggi 16 luglio 1907 sulla professione commerciale; 24 maggio 1907 sulla vendita; 6 giugno 1863 sul fallimento; 6 maggio 1889 sul concordato preventivo, modificata con altra legge del 2 giugno 1906; 19 luglio 1910 sulle società per azioni ed in accomandita per azioni.

Nella *Danimarca* vige, in materia commerciale, il diritto comune sulla base del codice civile del 1683, delle leggi speciali e della pratica dei tribunali. Fra le leggi speciali si possono rammentare quelle del 25 marzo 1872 sul fallimento, del 14 aprile 1905 sul concordato e del 29 marzo 1904 sulle operazioni di assicurazione sulla vita.

Una raccolta delle leggi commerciali di tutto il mondo, tradotta in tedesco è quella di BORCHADT, *Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs*, Berlin, 3ª ediz., dal 1906. Di quest'opera si ha una traduzione francese: *Les Lois commerciales de l'Univers*, Paris, Pichon et Durant-Auzias, 1912.

Molte leggi commerciali si trovano riferite man mano che escono nell'*Annuaire de législation étrangère*, Paris, dal 1872.

§ 3. Gli studî e i progetti di riforma del codice di commercio in Italia.

Sommario: 9. Il movimento per la riforma. Gli studî preparatori e le varie Commissioni. I progetti.

9. Il codice di commercio del 1882, i cui lavori preparatori erano incominciati fin dal 1869, fu elaborato in un periodo in cui gli studî di diritto commerciale in Italia, malgrado lo sforzo di pochi, non erano ancora usciti dalla fase di profondo decadimento in cui si trovavano anteriormente alla unificazione del Regno (1). Mancava quindi al codice la base di una sufficiente elaborazione scientifica e tecnica, come del resto mancava pure una tradizione nazionale, giacchè il precedente codice del 1865 non era che la riproduzione del codice albertino del 1842, il quale a sua volta riproduceva il codice napoleonico. La buona volontà degli uomini dotti, che redassero il codice del 1882 non potè quindi che mettere a frutto i progressi delle più recenti legislazioni straniere in un codice, il quale parve opera completa e dette l'illusione di avere dotato l'Italia di una legislazione commerciale moderna e perfetta. Il che sotto alcuni aspetti era anche vero, perchè fu appunto raccolto e riunito il meglio delle riforme attuate fuori d'Italia in quel tempo. Ma difettavano una adeguata ed intima elaborazione degli istituti e il perfezionamento tecnico delle norme raccolte. In realtà fu composto un musaico, in cui la parte generale era tolta principalmente dal codice tedesco, le norme sulla cambiale dall'ordinanza tedesca del 1847, quelle sulle società dalla legge belga del 1873, il diritto marittimo dal codice francese e l'istituto del fallimento dalla legge francese del 1838.

In questo stato di cose, non è a sorprendere se nell'applicazione pratica si andarono subito palesando manchevolezze e lacune. Ed a misura che, da un canto, rifiorivano gli studî

(1) Sullo stato degli studî di diritto commerciale in quel periodo e nel successivo sviluppo di essi si veda oltre.

di diritto commerciale e, dall'altro, la vita economica nazionale progrediva e si intensificavano i traffici, le disposizioni del codice apparvero sempre più superate.

Il movimento per la riforma del codice di commercio si iniziò pertanto prima ancora che passasse un decennio dalla sua promulgazione ed è andato man mano sempre più crescendo, fino a diventare imponente in questi ultimi anni.

L'inizio degli studî per la riforma del codice di commercio può farsi risalire al 1891. Il Guardasigilli sen. Luigi Ferraris, con circolare in data 1° settembre 1891, n. 41, ricordando che ripetutamente, nella discussione del bilancio del Ministero della Giustizia, erano stati espressi voti affinchè, avvicinandosi il compimento del decennio di esperimento dalla pubblicazione del codice di commercio del 1883, si venisse e con profitto ad un riesame del codice stesso, fece «appello ai magistrati, alle Camere di commercio, agli ordini forensi ed a quanti e per scienza e per pratica possano illuminare il legislatore» pregandoli «a volere sui quesiti (da esso) formulati, esprimere in modo breve e preciso il loro avviso, i loro consigli, estendendoli agli usi e alle consuetudini locali».

Successivamente, con decreto 12 aprile 1894, fu nominata una Commissione «con incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente codice di commercio».

La Commissione si divise in Sottocommissioni, alle quali fu affidato l'esame delle varie parti del codice di commercio. I lavori di queste Sottocommissioni si concretarono in proposte, che vennero poi esaminate dalla Commissione plenaria, specialmente per la riforma della legislazione delle società commerciali e di quella sul concordato preventivo e sul fallimento (1).

---

(1) Gli studî per la riforma della legislazione sulle società commerciali, compiuti negli anni 1894-1895, furono riassunti in una Relazione che illustra le proposte, le quali costituirono la base degli studî successivi, che furono ripresi dopo un decennio, quando con decreto 15 ottobre 1905 fu ricostituita la Commissione nominata nel 1894. I lavori compiuti in questo periodo furono raccolti in due volumi, il primo contenente *Relazione e verbali delle discussioni della Sottocommissione per lo studio della legislazione delle società commerciali*, Roma, Stamperia Reale, 1895,

Gli studi proseguirono poi saltuariamente, mentre il bisogno della riforma del codice appariva sempre maggiore, col decorso del tempo, ed è diventato imperioso in questo periodo successivo alla guerra, anche per la necessità di unificare la legislazione vigente nelle vecchie e quelle delle nuove provincie.

È perciò che in questi ultimi tempi gli studî sono stati ripresi con molta alacrità. Essi entrarono nella fase conclusiva con la nomina di una Commissione ministeriale disposta con decreto 8 novembre 1919. La Commissione, presieduta dal prof. CESARE VIVANTE, preparò un progetto preliminare di nuovo codice (1) che peraltro non contiene nè la parte rela-

---

e l'altra contenente i *Verbali delle discussioni della Sottocommissione* medesima, Roma, Stamperia Reale, 1908. Ripresi nel 1909, gli studî misero capo ad un progetto di riforma generale del titolo IX, libro I, del codice. Il progetto, preparato ad iniziativa del Guardasigilli V. SCIALOJA, e completato sotto il Ministero successivo, fu pubblicato da alcune riviste giuridiche ed è noto sotto il nome di « progetto Fani-Luzzatti »; vedilo in *Riv. di diritto comm.*, 1911, I, 976 e segg. Da questo progetto furono stralciate nella massima parte le più sostanziali disposizioni, che formarono il progetto preparato dalla Commissione del dopo-guerra nel 1918-1919; vedi *Studî e proposte della prima Sottocommissione* presieduta dal sen. VITTORIO SCIALOJA, Roma 1920, pag. 326 e segg. Gli studî per la riforma della legislazione sul fallimento continuarono dal 1894 al 1906, nel quale anno fu preparato un progetto completo, in base a progetti parziali che erano stati precedentemente approntati dai diversi Commissarî; vedi *Progetto di leggi e verbali della Sottocommissione*, Roma, Stamperia Reale, 1908. Dalle proposte della Commissione fu tratta la legge sul concordato preventivo e sui piccoli fallimenti del 24 maggio 1903, n. 197. Per la modificazione di questa legge fu successivamente predisposto dal Ministro Guardasigilli SCIALOJA un progetto presentato alla Camera il 16 febbraio 1910.

(1) *Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*, Milano, ed. Hoepli, 1922. A larghi dibattiti, dei quali è stato tenuto conto nell'ulteriore corso dei lavori, ha dato luogo il progetto. Vedasi: M. ROTONDI, *Il progetto di riforma del codice di commercio. La questione del codice unico delle obbligazioni* (*Mon. trib.*, 1923, 705); ASQUINI, *Il progetto di riforma del codice di commercio. Il contenuto della riforma* (*Mon. trib.*, 1923, 289); DE VALLES, *Il progetto di riforma del codice di commercio. Attinenze col diritto pubblico* (*Mon. trib.*, 1923, 321); VIVANTE, *La riforma della legislazione commerciale* (*Mon. trib.*, 1923, 161); MANARA, *Il progetto di riforma del codice di commercio. Alcune osservazioni specialmente in materia di società* (Estratto dal *Mon. trib.*, 1923); BRUNETTI, *La*

tiva al fallimento, per la quale un progetto molto pregevole fu pure preparato, per incarico di una delle Sottocommissioni, dal compianto GUSTAVO BONELLI (1), nè la parte relativa al diritto marittimo, che ha formato oggetto di studî da parte di altra Commissione in relazione anche alla riforma del codice della marina mercantile (2).

Intanto, al fine di affrettare la riforma generale della nostra legislazione, che non poteva essere troppo a lungo differita, fu approvata la legge 30 dicembre 1923, n. 2814. Questa legge non riguarda soltanto la riforma del codice di commercio, ma altresì quella di altri codici che egualmente devono essere o rifatti del tutto o opportunamente riveduti e modificati (3).

---

riforma del codice di commercio delineata dal Ministro Oviglio (*Riv. di dir. comm.*, 1923, 253); MARGHIERI, *La riforma del codice di commercio. Conferenza* al Circolo giuridico di Napoli (*Diritto e Giur.*, 1923, 57); BONELLI, *Osservazioni sul progetto di un nuovo codice di commercio* (*Riv. di dir. comm.*, 1923, 513); *Il progetto di legge sul fallimento e le Commissioni parlamentari* (*Riv. di dir. comm.*, 1924, I, 237); LUZZATTO, *L'agricoltura ed il progetto del nuovo codice di commercio* (*Riv. di dir. agr.*, 1923, 12); VALERI, *Il diritto commerciale e l'agricoltura* (*Riv. di dir. agr.*, 1923, 1); FINOCCHIARO, *Il progetto di riforma del codice di commercio: le società commerciali* (*Dir. comm.*, 1923, fasc. X, XI, XII); RAZZONE, *Il progetto per il nuovo codice di commercio* (*Corte Napoli*, 1924, 1); SAVOIA, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare per il nuovo codice di commercio* (*Dir. comm.*, 1924, 190); MEREU, *La riforma della legislazione commerciale. La teoria generale dei contratti bilaterali, secondo il progetto preliminare* (*Diritto e prat. comm.*, 1924, I); RANIERI, *Il progetto di riforma del codice di commercio. Le disposizioni penali* (*Mon. trib.*, 1924, 4); *Osservazioni della Camera di commercio e industria di Como sul progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*, Como 1923; *Osservazioni della Camera di commercio e industria di Modena sul progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*, Modena 1923.

(1) Il progetto preparato dal BONELLI per incarico della Sottocommissione presieduta dal prof. ANGELO SRAFFA è pubblicato nella *Riv. di dir. comm.*, 1921, I, 522, e la Relazione stesa dal medesimo nella stessa *Rivista*, 1922, I, 190.

(2) Vedi ivi seguito pag. 41, nota (2).

(3) La legge autorizza il Governo del Re a modificare alcune parti del codice civile, ad emanare nuovi codici di commercio, per la marina mercantile e di procedura civile e a coordinare le altre disposizioni del codice civile. Questa legge è stata poi completata con la legge 24 dicembre

Nell'opera di codificazione non è stata mai seguita in Italia l'ordinaria procedura legislativa, poco idonea per la formazione di leggi complesse, come i codici, i quali richiedono un'elaborazione organica e tecnicamente precisa, a cui i Parlamenti per la loro stessa natura non sono adatti. Nessuno dei codici vigenti in Italia pertanto è stato approvato con l'ordinario metodo di discussione e di votazione in Parlamento. Tutti i codici del 1865 furono, infatti, pubblicati dal Governo in base a delegazione contenuta nella legge 2 aprile 1865. La stessa autorizzazione fu data al Governo con la legge 2 aprile 1882 per la pubblicazione del nuovo codice di commercio, con la legge 22 novembre 1888 per la pubblicazione del nuovo codice penale e con la legge 20 giugno 1912 per la pubblicazione del nuovo codice di procedura penale.

Anche per la riforma attuale si è quindi decampato dalle norme ordinarie ed è stata stabilita con la legge del 30 dicembre 1923 una speciale procedura, consistente nella preparazione dei progetti di nuovi codici da parte del Governo, il quale ha obbligo di presentarli all'esame delle Commissioni parlamentari, che esaminarono il disegno di legge di delegazione, per poi pubblicarli nel testo definitivo.

Per la preparazione della riforma fu nominata con Regio decreto 3 giugno 1924 una Commissione reale, divisa in Sottocommissioni. Quella incaricata della preparazione del nuovo codice di commercio, presieduta dal sen. D'AMELIO, primo presidente della Corte di cassazione del Regno, ha già esaurito i propri lavori, con la presentazione di un progetto completo, il quale ha tenuto conto di tutto il materiale preparatorio accumulato nei precedenti studi e specialmente del progetto preliminare della Commissione ministeriale del 1919 (1).

1925, n. 2260, che autorizza il Governo ad apportare al codice civile anche altre modificazioni ed aggiunte, oltre quelle indicate nella legge precedente, e a modificare i codici penale e di procedura penale. È così la completa riforma di tutta la nostra legislazione codificata che è oggi allo studio e sarà tra non molto compiuta.

(1) Alcune proposte furono pure presentate dalla Confederazione dell'industria: vedi *Proposte di riforma del codice di commercio della Confederazione generale dell'industria italiana*, Roma, Coop. Tipografica Egeria, 1925.

Questo progetto (1) non contiene il diritto marittimo che costituisce la materia del titolo secondo del vigente codice di commercio, perchè il commercio marittimo formerà oggetto del nuovo codice della marina mercantile, che lo regolerà sia dal punto di vista del diritto pubblico che del diritto privato (2).

§ 4. Carattere odierno del diritto commerciale.

Sommario: 10. Proposizione del problema. — 11. Contenuto del diritto commerciale moderno. Il commercio dal punto di vista economico e giuridico. La materia di commercio. — 12. Progressivo allargamento del contenuto del diritto commerciale. — 13. Natura e caratteri del diritto commerciale. Sua posizione di fronte al diritto civile.

10. Lo studio del carattere odierno del diritto commerciale implica un doppio ordine d'indagini; il diritto commerciale moderno può, cioè, essere considerato dal punto di vista del *contenuto*, ossia dei rapporti sociali che esso regola, e dal punto di vista della *forma*, ossia della struttura e della natura delle norme giuridiche, che lo compongono. S'intende che i due problemi sono strettamente connessi, anzi non sono che due

---

(1) Il progetto di *codice di commercio* è pubblicato in due volumi, il primo contenente il testo delle disposizioni, e il secondo la Relazione; pubblicazioni n. 298 e 327 del Provveditorato Generale dello Stato, Roma 1925. Su di esso si consulti: Cabiati, *Il progetto del nuovo codice di commercio e le azioni privilegiate* (*Riv. di dir. comm.*, 1926, I, 9); Lordi, *Sul progetto del nuovo codice di commercio* (*Riv. di dir. comm.*, 1926, I, 271, 402, 556); Salvatore, *Lo stato di insolvenza nel progetto di riforma del codice di commercio* (art. 695 del Progetto) (*Riv. dir. comm.*, 1926, I, 612).

(2) Anche gli studî e la preparazione della riforma del codice della marina mercantile, collegata colla riforma delle norme di diritto marittimo contenute nel libro II e in parte del libro IV del codice di commercio risalgono a molti anni indietro. Una Commissione reale fu nominata con regio decreto 15 maggio 1904. Essa, divisa in quattro Sottocommissioni, attese ai suoi lavori durante gli anni 1905-1906. Gli *Atti della Commissione* sono pubblicati in due volumi, Roma, Tip. Cecchini, 1905-1907. I lavori della Commissione continuarono, tenendo pure conto dei risultati delle conferenze diplomatiche, e parecchi progetti di

aspetti dello stesso problema; è ben naturale che la natura dei rapporti regolati determini la struttura formale delle norme regolatrici.

Avvertiamo che, parlando del diritto commerciale moderno, intendiamo riferirci principalmente al *diritto commerciale positivo italiano*, la cui esposizione è oggetto del nostro studio.

11. I) *Contenuto del diritto commerciale moderno. Il commercio dal punto di vista economico e giuridico. La materia di commercio.* — Abbiamo veduto che il diritto commerciale è, secondo dice lo stesso suo nome, il diritto che regola anzitutto i rapporti *del commercio economico*. La nozione *economica* del commercio è dunque il presupposto indispensabile delle nostre ricerche, giacchè il commercio in senso *economico* forma pur sempre, storicamente e concettualmente, il nucleo fondamentale e caratteristico dei rapporti regolati dal diritto commerciale.

Nella vita moderna è di una incalcolabile importanza il fenomeno dello *scambio*. La quasi totalità delle ricchezze oggidì non è prodotta per essere consumata direttamente dal produttore, ma per essere scambiata con altre ricchezze. I prodotti non sono considerati che come *merce*, cioè come cose destinate allo scambio. La nostra industria, la nostra abilità, la nostra intelligenza sono destinate il più delle volte a soddisfare i bisogni degli altri, e non i nostri: ed ecco perchè noi valutiamo le cose, non secondo la loro maggiore o minore utilità *per noi*, ma unicamente secondo il loro valore di scambio, cioè secondo la loro utilità *per gli altri*. È alla divisione del

---

riforme parziali furono approntati e talvolta presentati al Parlamento. I lavori, sospesi all'inizio della guerra, furono ripresi dopo di questa. Con decreti 22 agosto 1918, 5 ottobre 1919 e 10 marzo 1921 vennero ricostituite Commissioni di studio, che si fusero poi con la Commissione per la riforma dei codici nominata con Regio decreto 3 giugno 1924 in esecuzione della legge 30 dicembre 1923 menzionata nel testo. Sul problema della autonomia del diritto marittimo come diritto speciale vedi Bonnecase, *Le particularisme du droit commercial maritime*, Bordeaux 1921, e su di esso Asquini, nell'*Arch. giur.*, IV serie, vol. IV (1922), pag. 206 e segg.

lavoro che si deve il fenomeno dello scambio: ciascuno producendo più e meglio col dedicarsi ad un solo genere di lavoro, ne deriva la specializzazione del lavoro e quindi lo scambio. Grandi sono i beneficî dello scambio, ma noi ci contenteremo di enumerarne due soltanto: esso permette di utilizzare nel miglior modo possibile una quantità di ricchezze che rimarrebbero altrimenti inutili, perchè superiori ai bisogni di chi le produce, e permette di utilizzare una quantità di capacità produttive che altrimenti rimarrebbero inattive, giacchè permette a ciascuno di regolare la sua produzione, non sui suoi bisogni, ma sulle sue attitudini (1).

Il progredire della civiltà, e il continuo allargarsi del mercato, che da cittadino è divenuto prima nazionale, poi coloniale, ed oggi infine mondiale, hanno reso sempre più difficile lo scambio diretto da produttore a consumatore, malgrado il progressivo e contemporaneo miglioramento delle comunicazioni. Allargato il mercato a tutto il mondo, lo scambio internazionale non è possibile senza la conoscenza perfetta delle condizioni del consumo e della produzione nelle varie piazze, senza relazioni numerose in luoghi diversissimi e lontanissimi, senza un lavoro alacre ed assiduo di conquista dei varî mercati. Occorre studiare le provviste accumulate nelle varie piazze, i carichi viaggianti, le probabilità dei raccolti; conoscere i sistemi monetarî, i pesi, le misure dei diversi paesi; coprirsi contro le oscillazioni dei cambi; conoscere le diverse consuetudini sugli sconti, sugli abbuoni, sugli imballaggi, sulle provvigioni; promuovere gli acquisti mediante circolari, campioni, commessi viaggiatori, *réclames* d'ogni genere. Tutto ciò richiede conoscenze tecniche speciali, assorbe attività, implica rischi: ma d'altro canto costituisce una funzione di utilità incontestata. Infatti, rendere possibile o facilitare lo scambio significa aumentare il valore dei prodotti, giacchè, come è noto, il valore dei prodotti dipende appunto dalla maggiore o minore facilità di scambiarli con altri prodotti. Questa funzione adunque, questo ufficio dell'umana attività, diretta a procacciare o facilitare lo scambio, è uno dei

(1) Vedi Gide, *Principes d'économie politique*, pag. 211 e segg., Paris 1901, 7ª ed.

rami della produzione economica, e costituisce appunto l'industria commerciale o commercio (1). Questa industria, in omaggio al principio della divisione del lavoro, è esercitata professionalmente da persone, che speculano appunto facendosi intermediari tra chi produce e chi consuma, per avvicinare la domanda e la offerta e facilitare così gli scambi; sono essi i *commercianti*. Oggidì, è vero, la funzione di questi intermediari professionisti va forse divenendo meno importante, giacchè i produttori tendono con assiduo sforzo a mettersi in diretta relazione coi consumatori: ma ciò non significa che venga meno la *funzione sociale ed economica del commercio;* il posto dei commercianti è preso dalle associazioni dei produttori, le quali *sostituiscono* l'intermediario, ma appunto perchè lo sostituiscono, ne esercitano la funzione: solo queste associazioni producono a favore dei loro membri, cioè degli stessi produttori.

Questa la nozione economica del commercio. Data la quale, siamo ben lungi dall'aver determinato il campo di applicazione del diritto commerciale, ossia il suo contenuto odierno. E ciò per varie ragioni.

Il diritto commerciale, abbiamo veduto, secondo il concetto comune che si ha di questa parte dell'ordinamento giuridico, non regola che i rapporti privati inerenti al commercio: esso è una parte del diritto *privato*. Le norme del diritto commerciale perciò (e lo vedremo meglio in seguito) sono, di fronte al complesso delle norme regolanti tutti in genere i rapporti privati (diritto *civile* e *comune*) norme *speciali* o *eccezionali*. In simile condizione di cose è ben naturale che la determinazione dei rapporti, sottratti all'impero del diritto comune e assoggettati a quello del diritto speciale o eccezionale, sia fatta dalla legge stessa. Ogni legislazione

(1) Vedi GIDE, op. cit., pag. 218 e segg.; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 5ª ed., I, n. 37 e segg.; MANARA, *Gli atti di commercio secondo l'art. 4 del cod. di comm. ital.*, Torino 1887, n. 12 e segg.; VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Milano 1900, 5ª ed., n. 21 e segg.; GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Stuttgart 1875, 2ª ed., § 40, e 3ª ed. (sotto il titolo: *Universalgeschichte des Handelsrechts*), Stuttgart 1891, § 1; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin 1896, § 1; THALLER, *Traité élém. de droit comm.*, n. 6 e 7.

speciale per una determinata materia, compresa in una più vasta serie di rapporti regolata da alcuna delle grandi branche del diritto, presuppone di necessità o una o più norme che tale materia esattamente determinino (1). Ma per la materia regolata dal diritto commerciale la norma direttiva e *delimitativa* non può consistere in un puro e semplice rinvio del concetto economico del commercio. Questo concetto è troppo incerto e disputato, perchè ad esso possa affidarsi il legislatore in una questione così importante, come la delimitazione della sfera di applicazione del diritto commerciale.

Nè basta. In nessun momento della evoluzione del diritto commerciale, il concetto *economico* del commercio è coinciso con il concetto *giuridico* della *materia* di commercio, ossia dei rapporti regolati dal diritto commerciale. Fin dalle origini, all'autorità dei giudici e degli statuti mercantili erano soggette, non solo le controversie sôrte *causa mercaturae*, ma anche quelle sôrte *occasione mercaturae*. E fin dai primi tempi la materia del *cambio* era soggetta all'impero della legge e della giurisdizione commerciale, come anche vi rientrava tutto ciò

---

(1) Questo problema delle norme puramente *determinative* o *delimitative*, che non contengono, cioè, nè un comando nè un divieto, ma determinano solo la portata di altre norme veramente imperative, si ricollega con la questione del carattere imperativo del diritto, giacchè quelle norme rappresentano un caso di apparente eccezione al principio della universale natura imperativa del diritto. Vedi su ciò Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna 1912, 2ª ed., pag. 81 e segg. Il Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878, pag. 347, nota 51, e il von Thur, *Das allgemeine Theil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig 1910, pag. 23, considerano le norme determinative come parti delle norme giuridiche a cui si riferiscono. Bisogna riconoscere al Magri, *Le materie commerciali*, cap. I, pag. 1 e segg., il merito di aver segnalato come norme aventi particolari caratteri, quelle, con cui la legge determina il contenuto del diritto commerciale o *materia di commercio*. Egli chiamò queste norme *sistematiche*, in contrapposto alle altre, destinate a regolare la materia da essa delimitata, e a cui dette il nome di *dispositive*. La terminologia non era in realtà senza difetti, fra l'altro, perchè rendeva facile la confusione con altre distinzioni universalmente accettate. Anche il fenomeno di norme non contenenti un imperativo autonomo non era ben messo in luce, e altre imperfezioni contiene la trattazione. Tuttavia è da segnalare la intuizione felice della necessità di studiare la particolare natura di queste norme.

che riguardava la professione dei *banchieri* (1). Oggi poi il campo di applicazione del diritto commerciale si è di assai più esteso oltre i confini del puro e semplice commercio in senso economico.

Innegabile è quindi la necessità di una determinazione *legislativa* dei rapporti regolati dal diritto commerciale, ossia della così detta (art. 1° del codice di commercio) *materia di commercio* (2). Materia commerciale è appunto il complesso dei rapporti che la legge assoggetta all'impero del diritto commerciale. È dunque lo stesso diritto commerciale che stabilisce quali sono i rapporti da esso regolati. Il codice di commercio agisce così da legge fondamentale, per determinare la sfera dei rapporti privati disciplinati dal diritto commerciale. Nè si dica che definendo il diritto commerciale come quello che regola la materia di commercio, e la materia di commercio come quella che è regolata dal diritto commerciale, non si definisce nè il diritto, nè la materia commerciale, in quanto ci si serve del concetto dell'uno per identificare l'altro concetto (3).

Questa obbiezione non è decisiva, perchè, affermando che la determinazione della materia commerciale va fatta rimettendosi a quanto dispone la legge, si afferma soltanto che il problema del contenuto del diritto commerciale è un problema di *diritto positivo;* non v'è alcun giro di parole nel dire che il diritto commerciale regola quel complesso di rapporti che *apposite disposizioni di legge* determinano specificamente come rapporti commerciali o ad essi assimilati. A questo proposito occorre rilevare che, quando si parla di materia commerciale, si vuol stabilire il contenuto *sostanziale* del diritto commerciale obiettivo, ossia il complesso dei *rapporti sociali* regolati dalle norme del diritto commerciale. Nel determinare la materia di commercio, si hanno, dunque, sempre presenti fatti e *rapporti sociali*, che come tali e non come fatti e rapporti *giuridici*, sono considerati. Ciò è tanto

---

(1) Vedi più indietro, n. 4.

(2) Art. 1: « *In materia di commercio* si osservano le leggi commerciali, ecc. ».

(3) Bolaffio, *Il codice di commercio commentato*, 5ª ed., pag. 4.

più necessario, in quanto potrebbe ingenerare equivoci il fatto che apposite norme giuridiche (le norme *delimitative* o, come altri si esprime, *sistematiche*) determinano quali rapporti *sociali* sono regolati dal diritto commerciale. Or tali norme considerano i rapporti costituenti la materia di commercio come *rapporti sociali* e non come rapporti e istituti giuridici; e appunto perchè tali norme sono *delimitative* e non *intrinsecamente regolatrici*, esse non possono considerare i rapporti che le norme stesse delimitano che come rapporti sociali, e non hanno ancora virtù di trasformarli in *rapporti giuridici;* ciò che sarà appunto còmpito delle norme regolatrici (1).

---

(1) Meglio di tutti in questo senso FRANCHI, *Commentario al codice di commercio*, I, n. 1, che definisce la materia di commercio come un complesso di elementi o stati di fatto. Predomina invece, nella dottrina italiana e straniera (benchè il problema non sia generalmente affrontato di proposito) il concetto che la materia di commercio comprenda « atti giuridici » o « fatti giuridici » o « istituti giuridici » o « rapporti giuridici ». Vedi così VIVANTE, *Trattato*, I, pag. 1: « Il diritto commerciale è quella parte del diritto privato che ha principalmente per oggetto di regolare *i rapporti giuridici* che sorgono dall'esercizio del commercio »; sebbene poi dica bene a pag. 73: « Quando il legislatore parla di atti di commercio usa questa frase come un uomo d'affari direbbe *operazioni, affari commerciali;* li considera come *affari*, come *attività commerciali* capaci di generare obbligazioni commerciali ». Egualmente MAGRI, *Materie comm.*, pag. 78, e, fra i tedeschi, GOLDSCHMIDT, *Handelsr.*, I, § 43 *a*, il quale, dopo aver detto bene (pag. 470) che l'espressione « materia di commercio » (*Handelssache*) indica ogni stato di fatto appartenente al commercio — i suoi affari soggetti o oggetti — ogni rapporto commerciale, aggiunge poi meno esattamente (pag. 472) che, in senso giuridico, materia di commercio è solo « un rapporto di *diritto privato*, di *diritto processuale* o di *diritto pubblico* ». Cfr. pure BEHREND, *Lehrb.*, pag. 67: « Materia di commercio sono i *rapporti giuridici* del traffico mercantile »; ENDEMANN, *Handelsr.*[2], pag. 22: « Materia di commercio sono tutti i *rapporti giuridici* del traffico mercantile, per i quali esistono norme speciali del diritto commerciale e, in ispecie, del codice di commercio »; nè diverso è, sostanzialmente, il concetto dei commercialisti tedeschi, che scrissero sotto l'impero del nuovo codice di commercio, vedi, per es.; LEHMANN, *Handelsrecht*[2], pag. 60. Ora, a parte l'improprietà tecnica di un linguaggio, in cui si parla di norme che regolano *rapporti giuridici*, giacchè le norme giuridiche *creano* i rapporti giuridici e *regolano* i rapporti sociali, considerando i rapporti regolati dal diritto commerciale come rapporti giu-

Resta a risolvere il problema di diritto positivo: quali rapporti sono dal legislatore italiano considerati come *commerciali*, ossia, quali rapporti costituiscono, secondo il diritto positivo italiano, materia di commercio?

Non è questo il luogo di trattare compiutamente tale argomento (1). Qui ci limiteremo ad accennare al criterio fondamentale adottato dalla legge. Nella determinazione della materia di commercio la legge (art. 3, 4, 6) non ha proceduto mediante una definizione sintetica di ciò che essa intende sia giuridicamente il commercio: e ciò, vuoi per la difficoltà di dare una definizione giuridica del commercio, vuoi anche perchè, oramai, il diritto commerciale estende la sua autorità a parecchi rapporti, che d'indole commerciale, a parlare propriamente, non sono. Ad una determinazione sintetica del concetto di commercio, la legge ha perciò preferito una determinazione analitica degli atti, che essa ritiene manifestazione della attività commerciale, o di attività simili e da assimilarsi alla commerciale, o, infine, di attività connesse all'una e alle altre.

La determinazione degli *atti di commercio* è fatta nell'art. 3, che ne enumera *ventiquattro* categorie (mentre il codice del 1865 ne enumera diciasette e il codice francese del 1808 tredici soltanto); nell'art. 4, che ne contempla una venticinquesima, di carattere assai generale (atti che si presumono connessi con l'esercizio del commercio); e infine nell'art. 6 che aggiunge alle venticinque categorie di atti di commercio, già ricordate, altre due, una ventiseiesima e una ventisettesima (il conto corrente e l'assegno bancario aventi causa

---

ridici, e, di conseguenza, i fatti da cui derivano, come *fatti giuridici*, si è trascinati ad esporre la teoria degli *atti di commercio* come una teoria degli *atti giuridici commerciali*, il che non può dar luogo che ad una serie di fraintendimenti. Solo il FRANCHI, *Comm.*, pag. 51, nota 4, sembra essersi reso conto del vero significato della espressione « materia di commercio » e « atto di commercio » per quanto poi, nelle applicazioni del concetto, non vada esente da qualche ambiguità. Qualche osservazione giusta anche in WOLFF, *Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts* (Sonder-Abdruck a. d. Festgabe der Berliner jur. Fak. für GIERKE), Breslau, 1910, pag. 33 e 34.

(1) Vedi in seguito libro I, n. 111.

commerciale) (1). Se queste ventisette categorie rispondono ad un concetto d'insieme, e come possano classificarsi, vedremo nel seguito di questa esposizione.

12. I rapporti regolati dal diritto commerciale si sono venuti progressivamente moltiplicando, in modo che oggi il campo della loro applicazione si è allargato a dismisura.

Il diritto commerciale in origine aveva una applicazione assai ristretta. Anzitutto, era ancora ristretta la materia. Il commercio era ancora principalmente locale e riguardava sopratutto i prodotti del suolo, che del resto in gran parte erano o consumati dai produttori o venduti direttamente ai consumatori nelle fiere e nei mercati; il commercio interlocale, nazionale ed internazionale aveva bensì per oggetto alcuni prodotti manifatturati, e alcune derrate di particolare valore, specie spezierie, droghe e prodotti esotici, ma si trattava sempre di un numero limitato di merci; una tariffa doganale di quel tempo non avrebbe contenuto che poche voci. L'industria era casalinga, e non importava organizzazione di mano d'opera. I banchieri erano principalmente intermediari dei pagamenti e non largitori di credito. Le assicurazioni non esistevano che come affari isolati di scommessa. Oggetto dell'attività dei commercianti erano dunque poche derrate e pochi prodotti. Era poi ristretta la cerchia delle persone, a cui le istituzioni commerciali si applicavano. I poteri della corporazione non andavano oltre le persone dei suoi componenti; gli statuti delle corporazioni non regolavano che i rapporti fra gli iscritti alle corporazioni dipendenti da affari di commercio. Vi era dunque una doppia limitazione, che lasciava fuori della competenza dei giudici e del diritto commerciale, non solo tutti i rapporti non commer-

(1) Il gruppo più notevole di disposizioni *determinative* della materia di commercio è dato dalle norme contenute negli articoli sopra indicati, ma sono norme determinative anche altre, tra cui quelle degli art. 2, 8, 54, 229, 349; e anche un gruppo di disposizioni di carattere processuale sulla *competenza* (art. 869, 870, 867, ult. cap., 923, ult. cap.) in cui, in sostanza, non si fa che sottoporre alle norme del diritto processuale commerciale i rapporti processuali inerenti a rapporti di diritto privato materiale commerciale (cfr. Magri, *Materia comm.*, pag. 2).

ciali dei commercianti, ma anche i rapporti commerciali fra iscritti ed estranei alla corporazione. Il diritto commerciale era in sostanza un diritto eminentemente professionale, anzi il diritto interno delle corporazioni. In queste condizioni si comprende come la gran massa del pubblico riguardasse le istituzioni commerciali come interessi particolari di una ristretta classe di cittadini.

Ma le cose mutarono ben presto, e sono giunte oggi a tal punto, da far penetrare le istituzioni commerciali in ogni classe di cittadini e nei rapporti più comuni della vita quotidiana. Si è allargata anzitutto smisuratamente la materia commerciale, e quindi il campo d'applicazione del diritto commerciale.

Si è allargato infatti il concetto stesso del commercio. L'attività intermediaria che si spiegava una volta solo su alcuni prodotti agricoli e su pochi prodotti manifatturati, si rivolge ora assiduamente a facilitare lo scambio di una *grande varietà di merci;* specialmente i progressi delle invenzioni e il continuo perfezionamento della tecnica industriale hanno introdotto sul mercato una quantità enorme di prodotti nuovi, delle più svariate specie e dell'uso più diverso, che ai nostri padri erano ignoti; tutti questi prodotti nuovi sono oggetto di scambio e di speculazione commerciale. Alle merci si è poi associata un'altra categoria importantissima di cose, che sono divenute oggetto di commercio: le *carte-valori* o *titoli di credito.* Per facilitare la trasmissione dei diritti, si è creata una intera categoria di documenti, il cui ufficio non è più soltanto quello di provare il diritto, e neanche quello di concorrere, come elemento estrinseco, alla sua formazione, ma in cui il diritto e il documento sono cosifattamente tra loro connessi e incorporati, che il possesso del documento diviene condizione necessaria e sufficiente per acquistare ed esercitare il diritto: basta trasmettere il possesso del documento per attribuire *ex novo* il diritto. La posizione dell'acquirente del documento diviene così sicurissima perchè egli ha diritto di ignorare ciò che è avvenuto del titolo primo dell'acquisto, quando l'abbia acquistato in buona fede. Questi titoli posson così circolare liberamente, come se fossero cose aventi un valore in sè, e la loro facile trasmissibilità rende preziosi servizi al credito, perchè è indotto a far credito con facilità chi

sa di potere ad ogni istante realizzarne il valore, con l'alienazione del titolo che lo rappresenta. Di tali titoli esistono enormi quantità sul mercato, che sono oggetto di continue transazioni; solo in Italia abbiamo novanta miliardi di titoli del debito pubblico, oltre quaranta miliardi di azioni di società; alcuni miliardi di obbligazioni, di cartelle di credito fondiario, di titoli di prestiti comunali e provinciali; una diecina di miliardi di titoli cambiari, di *chèques* e di assegni circolari. Nè basta. Nuovo campo ha acquistato la speculazione commerciale con l'ingresso degli *immobili* nel campo d'azione del commercio. La proprietà immobiliare per lunghissimo tempo non fu considerata come oggetto possibile di commercio; ma specialmente per il rapido incremento preso dalle costruzioni urbane durante il secolo XIX e il rinnovarsi e ingrandirsi delle città, gli acquisti e vendite di aree e di fabbricati divennero frequenti e la speculazione si impadronì anche degli immobili; il codice italiano del 1882 riconobbe questa evoluzione e considerò come atti di commercio anche le compre e vendite di immobili. Ma altre conquiste ancora ha fatto l'attività intermediaria dei commercianti. Lo sviluppo del *credito* creò tutta una categoria di istituti commerciali, le *banche o istituti di credito*, che si fecero intermediari del credito, procurandosi a prestito i capitali da chi ne aveva disponibili, e dandoli a prestito a chi ne aveva bisogno; gli antichi banchieri, che erano in fondo semplici cambiavalute, si trasformarono nei colossali istituti moderni, a cui per mille rivoli accorre il credito, e che per molte vie lo distribuiscono. Lo sviluppo della grande industria, le grandi costruzioni, hanno reso intensa la domanda di lavoro; d'altro canto l'aumento della popolazione, i forti movimenti migratori ne hanno moltiplicato l'offerta; si è creato pertanto un vero mercato del *lavoro*. La produzione casalinga, l'artigianato hanno ceduto il campo alla grande industria; il lavoratore isolato all'imprenditore. Ora nella grande industria l'imprenditore è proprio un commerciante, un intermediario che specula sulla merce *lavoro*. Egli organizza il lavoro per offrire al pubblico i *risultati* del lavoro. Infine, anche il *rischio* è oramai diventato oggetto di speculazione commerciale. L'assicurazione è, nel suo concetto genuino, una associazione delle persone soggette agli stessi rischi. E come

associazione sorse in origine; ma ben presto l'attività speculatrice si impadronì anche dell'assicurazione e sorsero intermediari che concentrano in sè tutti i rischi, concentrando àltresì i premi, che amministrarono e distribuirono agli assicurati rispetto a cui si verificò l'evento.

Ma non solo si è allargato *qualitativamente* il campo d'azione del commercio e degli istituti commerciali per le nuove cose che vennero formando oggetto di commercio. Esso si è allargato anche *quantitativamente* per l'enorme accrescimento verificatosi nella massa degli scambi. Una volta si produceva di regola per consumare: oggi si produce per scambiare; e si produce smisuratamente, in quantità mai per l'innanzi immaginate, in tutti i campi della produzione, nell'agricoltura come nell'industria manifatturiera, come nelle industrie estrattive. Si pensi che solo negli ultimi quaranta anni la produzione agricola italiana è passata da due a otto miliardi di lire oro. E moltiplicare gli scambi significa moltiplicare il commercio.

Ma ciò non è tutto. La sfera d'azione degli istituti commerciali si è estesa anche oltre il campo propriamente commerciale: istituti sorti per il commercio sono stati trovati utili e pratici e adoperati anche per altri scopi che col commercio non hanno nulla a vedere. La *cambiale* ce ne offre un esempio tipico. Nata come mezzo per facilitare i pagamenti commerciali da piazza a piazza, divenne poi strumento di credito commerciale. Ma oggi essa è adoperata da chiunque abbia bisogno di credito, e per qualunque scopo: se ne serve l'agricoltore, il professionista, il privato.

Altre due cause infine contribuiscono ad aumentare oltre misura il valore sociale del commercio e l'importanza pratica delle istituzioni commerciali. Oggi, in realtà, il commercio non è più esercitato solo dai commercianti. Oggi, per mezzo delle società a *responsabilità limitata*, e specialmente delle *società anonime per azioni*, sono interessati in affari commerciali migliaia e migliaia di individui, agricoltori, proprietari, pacifici borghesi, donne, minorenni. La diffusione delle società per azioni ha operato la diffusione della speculazione commerciale in tutti i ceti sociali; in taluni paesi (noi siamo ancora purtroppo lontani da questo ideale) tutti i piccoli borghesi, perfino gli operai, posseggono azioni di società commerciali.

A questa diffusione, del resto, delle intraprese commerciali in tutti, fino nei più umili strati sociali, ha altresì contribuito il fenomeno della *cooperazione*. La cooperazione, che è nata come una reazione contro gli eccessi della speculazione commerciale, mira a eliminare l'intermediario speculante sostituendo ad esso coloro stessi che hanno bisogno dell'opera sua. I consumatori si uniscono e acquistano direttamente in comune dal produttore. I lavoratori si uniscono e producono in comune, vendendo direttamente il prodotto o il servizio. Coloro che hanno bisogno di capitali si uniscono e prendono a prestito direttamente eliminando l'intermediario banchiere. Coloro che sono esposti agli stessi rischi si uniscono e mettendo direttamente in comune rischi e premi, risparmiano la retribuzione dell'assicuratore. Ma appunto perchè tutti questi cooperatori vogliono eliminare l'intermediario, debbono ad esso sostituirsi, vale a dire esercitarne la funzione. Essi dunque esercitano appunto, come collettività, una funzione intermediaria commerciale e debbono adottare tutti i procedimenti del commerciante intermediario. Tutte le istituzioni commerciali sono dunque applicabili agli operai, ai piccoli borghesi, ai piccoli proprietari, che costituiscono la grande famiglia dei cooperatori.

Abbiamo veduto così come si sia smisuratamente allargata la *materia* su cui agiscono le istituzioni commerciali. Abbiamo così già dovuto mostrare come il diritto commerciale non sia più oggi il diritto dei commercianti, in quanto anche non commercianti possono far servire ai loro scopi atti di commercio, e in quanto non commercianti partecipano a speculazioni commerciali. Ma la legislazione commerciale si è messa anche più direttamente su questa via. Il passo più importante, come si è visto più sopra, fu fatto dal codice napoleonico del 1808, che cessò di considerare la legislazione commerciale come il diritto professionale dei commercianti, ammise che anche un non commerciante potesse in via occasionale fare una speculazione commerciale e sottopose al diritto commerciale anche l'*atto isolato* di commercio. E questo concetto è stato poi nella pratica fecondo di risultati. Non solo le speculazioni commerciali isolate si sono moltiplicate, specie le speculazioni sui titoli, per le quali offrono ogni faci-

associazione sorse in origine; ma ben presto l'attività speculatrice si impadronì anche dell'assicurazione e sorsero intermediari che concentrano in sè tutti i rischi, concentrando altresì i premi, che amministrarono e distribuirono agli assicurati rispetto a cui si verificò l'evento.

Ma non solo si è allargato *qualitativamente* il campo d'azione del commercio e degli istituti commerciali per le nuove cose che vennero formando oggetto di commercio. Esso si è allargato anche *quantitativamente* per l'enorme accrescimento verificatosi nella massa degli scambi. Una volta si produceva di regola per consumare: oggi si produce per scambiare; e si produce smisuratamente, in quantità mai per l'innanzi immaginate, in tutti i campi della produzione, nell'agricoltura come nell'industria manifatturiera, come nelle industrie estrattive. Si pensi che solo negli ultimi quaranta anni la produzione agricola italiana è passata da due a otto miliardi di lire oro. E moltiplicare gli scambi significa moltiplicare il commercio.

Ma ciò non è tutto. La sfera d'azione degli istituti commerciali si è estesa anche oltre il campo propriamente commerciale: istituti sorti per il commercio sono stati trovati utili e pratici e adoperati anche per altri scopi che col commercio non hanno nulla a vedere. La *cambiale* ce ne offre un esempio tipico. Nata come mezzo per facilitare i pagamenti commerciali da piazza a piazza, divenne poi strumento di credito commerciale. Ma oggi essa è adoperata da chiunque abbia bisogno di credito, e per qualunque scopo: se ne serve l'agricoltore, il professionista, il privato.

Altre due cause infine contribuiscono ad aumentare oltre misura il valore sociale del commercio e l'importanza pratica delle istituzioni commerciali. Oggi, in realtà, il commercio non è più esercitato solo dai commercianti. Oggi, per mezzo delle società a *responsabilità limitata*, e specialmente delle *società anonime per azioni*, sono interessati in affari commerciali migliaia e migliaia di individui, agricoltori, proprietari, pacifici borghesi, donne, minorenni. La diffusione delle società per azioni ha operato la diffusione della speculazione commerciale in tutti i ceti sociali; in taluni paesi (noi siamo ancora purtroppo lontani da questo ideale) tutti i piccoli borghesi, perfino gli operai, posseggono azioni di società commerciali.

A questa diffusione, del resto, delle intraprese commerciali in tutti, fino nei più umili strati sociali, ha altresì contribuito il fenomeno della *cooperazione*. La cooperazione, che è nata come una reazione contro gli eccessi della speculazione commerciale, mira a eliminare l'intermediario speculante sostituendo ad esso coloro stessi che hanno bisogno dell'opera sua. I consumatori si uniscono e acquistano direttamente in comune dal produttore. I lavoratori si uniscono e producono in comune, vendendo direttamente il prodotto o il servizio. Coloro che hanno bisogno di capitali si uniscono e prendono a prestito direttamente eliminando l'intermediario banchiere. Coloro che sono esposti agli stessi rischi si uniscono e mettendo direttamente in comune rischi e premi, risparmiano la retribuzione dell'assicuratore. Ma appunto perchè tutti questi cooperatori vogliono eliminare l'intermediario, debbono ad esso sostituirsi, vale a dire esercitarne la funzione. Essi dunque esercitano appunto, come collettività, una funzione intermediaria commerciale e debbono adottare tutti i procedimenti del commerciante intermediario. Tutte le istituzioni commerciali sono dunque applicabili agli operai, ai piccoli borghesi, ai piccoli proprietari, che costituiscono la grande famiglia dei cooperatori.

Abbiamo veduto così come si sia smisuratamente allargata la *materia* su cui agiscono le istituzioni commerciali. Abbiamo così già dovuto mostrare come il diritto commerciale non sia più oggi il diritto dei commercianti, in quanto anche non commercianti possono far servire ai loro scopi atti di commercio, e in quanto non commercianti partecipano a speculazioni commerciali. Ma la legislazione commerciale si è messa anche più direttamente su questa via. Il passo più importante, come si è visto più sopra, fu fatto dal codice napoleonico del 1808, che cessò di considerare la legislazione commerciale come il diritto professionale dei commercianti, ammise che anche un non commerciante potesse in via occasionale fare una speculazione commerciale e sottopose al diritto commerciale anche l'*atto isolato* di commercio. E questo concetto è stato poi nella pratica fecondo di risultati. Non solo le speculazioni commerciali isolate si sono moltiplicate, specie le speculazioni sui titoli, per le quali offrono ogni faci-

lità quei *mercati dei titoli* che sono le *borse*; ma anche enti di natura pubblica, come lo Stato, le provincie, i comuni, hanno fatto e fanno atti di commercio, sia pure nell'interesse pubblico, e quindi senza poter mai acquistare la qualità di commerciante.

L'ultimo e più considerevole passo fatto verso la universalizzazione del diritto commerciale fu compiuto, come abbiamo pure più innanzi rilevato, dal codice germanico del 1861, seguìto dal codice nostro del 1882. La massima parte, si può dire, degli affari commerciali si concludono fra commercianti e non commercianti; la maggior parte dei commercianti si rivolge al pubblico e con questo ha rapporti. L'affare che ne risulta, se è commerciale per una parte, non è punto commerciale per l'altra. Questi affari non possono evidentemente regolarsi che in un sol modo, perchè dànno luogo a rapporti inscindibili. Ebbene, col codice attualmente vigente, tutti questi affari sono sottoposti alla legislazione commerciale. Si comprende la enorme portata di questa disposizione. Basta contrattare con un commerciante, per essere soggetti al diritto commerciale; le piccole esigenze della vita quotidiana bastano a porci più volte al giorno in questa condizione, e a farci soggiacere all'impero del diritto commerciale.

Ora, se si considera che tutte queste cause di estensione delle istituzioni commerciali operano simultaneamente, moltiplicandone in proporzione geometrica gli effetti, bisogna dar ragione al VIVANTE, il quale argutamente diceva che, dalla nascita alla tomba, è il codice di commercio che ci governa.

13. II) *Natura e caratteri del diritto commerciale. Sua posizione di fronte al diritto civile.* — È ben naturale che la natura dei rapporti regolati dal diritto commerciale influisca sulla natura delle norme giuridiche che li regolano. Vedemmo che dal punto di vista sostanziale, i rapporti sociali regolati dal diritto commerciale hanno questo di caratteristico: che sono bensì *rapporti fra privati*, ossia appartengono, come specie, al più ampio genere dei *rapporti privati*, ma sono rapporti privati di una speciale categoria, aventi esigenze proprie e

diverse da quelle delle altre categorie di rapporti privati. Egualmente dal punto di vista formale, le norme di diritto commerciale sono bensì norme di *diritto privato*, appartengono cioè, come specie, al più ampio genere delle *norme di diritto privato*, ma sono norme di diritto privato di una speciale categoria, dirette a regolare speciali rapporti privati, ed aventi perciò speciali caratteristiche. Nel campo del diritto privato dunque, considerato come il complesso di tutte le norme regolanti i rapporti tra i privati e privati, noi troviamo un *complesso di norme*, costituenti, di per sè, un compiuto sistema, che regolano tutti, in genere, i rapporti tra privati, a cui si è dato il nome di *diritto civile* (o diritto privato *comune*), e un *complesso di norme*, certo per numero assai meno importante, destinate a regolare una speciale categoria di rapporti tra privati: i rapporti derivanti dall'esercizio del commercio economico, ed altri a questi affini ed assimilati, a cui si è dato il nome di *diritto commerciale*. E corrispondentemente, per quel che riguarda il processo, troviamo un complesso di norme regolanti la realizzazione giurisdizionale di tutti in genere i rapporti privati (*diritto processuale civile*, *procedura civile*), e talune norme speciali regolanti la realizzazione giurisdizionale dei rapporti commerciali ed assimilati (*diritto processuale commerciale*, *procedura commerciale*).

Ora si domanda: qual è la natura, quali sono le particolari caratteristiche del diritto commerciale, materiale e processuale? Quale la sua posizione di fronte al diritto civile, materiale e processuale? Ecco il problema che dobbiamo qui brevemente discutere. È vero che la dottrina commercialistica si è per lungo tempo acquietata nella formola che il diritto commerciale è, di fronte al civile, non un diritto *eccezionale*, ma un diritto *speciale* (1). Ma non ci vuol molto

---

(1) Cfr. fra i tedeschi: ANSCHÜTZ und VON VÖLDERNDORFF, *Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch*, 1867-1874, I, pag. 11; GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Berlin u. Leipzig, 1880-1896, pag. 76, testo e nota 4; STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6ª e 7ª ed., 1899-1901, I, pag. 5, annot. 13; fra gli italiani: VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 5ª ed., I, n. 93 e segg.; MARGHIERI, *Il diritto commerciale esposto sistematicamente*, 2ª ed., I, pag. 39; FRANCHI, nel *Commentario* del Vallardi, I, n. 3; VIVANTE, *Trattato di diritto comm.*,

a osservare che con tale giro di parole il problema non è punto risolto. Che significa *diritto speciale?* Che differenza c'è tra diritto *speciale* e diritto *eccezionale?* Tanto più è legittimo il dubbio, in quanto, nei trattatisti della teorica del diritto obiettivo noi troviamo bensì parola di un diritto *singolare, anomalo, eccezionale*, ma non di un diritto *speciale*, e se qualche volta a un diritto *speciale* si accenna, l'espressione è usata come sinonimo dell'altra: diritto *singolare* o *eccezionale* (1). Nè l'art. 1° del codice di commercio, che vuol sta-

---

5ª ed., I, n. 3; vedi inoltre la nota 22 a pag. 333. I francesi, pur non facendo la questione generale del *carattere* del diritto commerciale di fronte al civile, concordano nel ritenere il diritto civile come *fonte sussidiaria* di diritto commerciale, e quindi applicabile in materia commerciale, purchè sia però esaurita l'interpretazione della fonte principale: vedi Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil*, Paris 1873, 3ª ed., n. 1440-1442; Alauzet, *Commentaire du code de commerce*, n. 7 e segg.; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, II, pag. 402; Boistel, *Cours de droit commercial*, 4ª ed., n. 24; Thaller, op. cit., n. 48.

(1) Così Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig 1893, pag. 126 e segg., parla di un *Regelmassiges* e di un *Sonderrecht*, che corrisponde appunto al *ius singulare* dei romani (vedi anche pag. 160). Egualmente Foerster-Eccius, *Preussisches Privatrecht*, Berlin 1896, 7ª ed., I, pag. 76; Jhering, *Geist d. römischen Rechts*, Leipzig 1875, 2ª ed., II, pag. 337, chiama *speciali*, in contrapposto alle *singolari*, quelle norme, che non sono già deviazioni locali da un principio in sè generale, ma per loro natura sono necessariamente locali, e che non contengono alcuna deviazione da qualche cosa di generale, rispetto ad esse non essendovi nulla di generale. Questo concetto però non ci sembra possa essere utilizzato per determinare il carattere del diritto commerciale obiettivo: i rapporti che questo regola sono bensì derivanti dall'esercizio del commercio, ma sono anche, ed anzitutto, rapporti *privati*, al pari di quelli regolati dal diritto civile: quindi il diritto commerciale non potrebbe chiamarsi un diritto *speciale*, nel senso di Jhering, perchè le norme, che lo costituiscono, non sono affatto di loro natura *necessariamente* locali, potendosi benissimo immaginare ed essendosi storicamente verificato (per es., nel diritto romano) il caso che i rapporti commerciali siano regolati da norme comuni ai rapporti civili. Tanto poco poi rispetto al diritto commerciale manca qualcosa di generale, di cui esso possa essere la derivazione, che il diritto commerciale presuppone tutto il diritto civile delle obbligazioni di cui si presenta spesso, anche formalmente, in veste di deroga od eccezione (cfr., per es., art. 42, 43, 44 cod. comm.). Del resto, critiche possono essere fatte alla stessa concezione di Jhering,

bilire i rapporti fra diritto commerciale e civile, riesce allo scopo, ma finisce col sostituire incertezza ad incertezza. Sta bene che il diritto civile divenga fonte di diritto commerciale, o, meglio, entri in *funzione* di diritto commerciale, quando la legge commerciale e la consuetudine commerciale *non dispongano*. Ma a questo presupposto che la legge stessa fa di *lacune* nel sistema del diritto commerciale propriamente detto, scritto e consuetudinario, lacune da colmarsi col diritto civile, non significa che questo sistema non è compiuto, non basta a sè stesso, si trova di fronte al diritto civile in una certa posizione di accessorietà e di subordinazione, che occorre ancora determinare con precisione?

Posto così appena il problema, appare chiara la necessità di affrontarlo da un punto di vista generale. Rinviandone, come si fa di solito, la soluzione alle singole materie nelle quali il principio generale deve trovare applicazione, si corre rischio che la esatta determinazione del principio sia pregiudicata dalle esigenze particolari delle singole controversie, e dai particolari punti di vista degli scrittori che se ne occupano.

Analizzando il complesso di norme costituenti il diritto commerciale obiettivo, noi vediamo che la particolare disciplina giuridica dei rapporti commerciali vi è attuata in due modi:

1° con norme che sono sviluppo e derivazione di norme e principi del diritto civile, la cui ulteriore esplicazione è determinata, *per occasione*, dalle esigenze del commercio (1);

---

secondo la quale non vi sarebbe norma che non potesse dirsi speciale: non solo le singole parti del diritto civile, diritto delle obbligazioni, diritto delle successioni, diritto di famiglia, diritto delle cose sarebbero diritto speciale, ma lo stesso intero diritto privato lo sarebbe, in quanto, regolando esso soltanto i rapporti fra privati, sarebbe di sua natura *necessariamente* locale e non conterrebbe alcuna deviazione da qualche cosa di generale. Il nome di diritto *generale* dovrebbe essere riservato a tutto il complesso sistematico del diritto che regola *tutti i rapporti umani*. *Il diritto speciale* di Jhering in realtà è esso stesso *diritto generale* appunto, perchè rispetto ad esso non vi è nulla di generale; e la sua contrapposizione al *ius singulare* non ha valore diverso, in fondo, di quello della contrapposizione consueta tra diritto *normale* e diritto *eccezionale*.

(1) Così, ad es., la norma dell'art. 36 cod. comm., derivante dall'art. 1104 cod. civ., in quanto questo già richiede per l'esistenza del

2º con norme del tutto nuove, diverse dalle corrispondenti norme del diritto civile, ad esse anzi, qualche volta, espressamente *contradditorie* (1).

Riguardo alla prima categoria di norme non vi è, *in sostanza*, una disciplina giuridica particolare pei rapporti commerciali; per l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile esse potrebbero desumersi per via di interpretazione dai principî del diritto civile, anche senza una espressa disposizione legislativa; diritto civile e diritto commerciale, sotto questo aspetto, *coincidono*. Riguardo invece alla seconda categoria di norme, la situazione è ben diversa: queste non coesistono con norme e principî del diritto civile, ma sostituiscono, per la materia commerciale, norme e principî di diritto civile (2). Sotto questo aspetto dunque, dato che il diritto civile regola tutti in genere i rapporti privati, mentre il diritto comune regola solo *alcune categorie*, dato che le

---

contratto il *consenso* dei contraenti, cioè l'*incontro* delle due volontà sullo stesso soggetto; quella dell'art. 28 derivata dall'art. 1329; quella dell'art. 79 derivata dall'art. 1725, ecc.

(1) Così, ad es., gli art. 11, 14, 16, 19, 40, 41, 42, 43, 44, 58, 59, 60 cod. di comm., ecc. Gli esempi si potrebbero moltiplicare, quasi tutto il cod. di comm. essendo una deroga a disposizioni del codice civile.

(2) La bipartizione delle norme di diritto commerciale fatta nel testo (che fu accennata benissimo per la prima volta dal Simoncelli, *Lezioni di procedura civile*, anno 1902-1903 (lit.), pag. 90) è pure avvalorata dalla considerazione seguente. Il diritto civile, essendo il diritto comune dei rapporti privati, contiene una completa disciplina giuridica di tutti i rapporti privati: in esso non possono verificarsi lacune, le apparenti lacune dovendo colmarsi colla analogia e coi principî generali (cfr. art. 3 disp. prel.; Regelsberger, *Pandekten*, pag. 156; Crome, *System d. deut. bürg.-Rechts*, Tubingen u. Leipzig 1900, I, pag. 106; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Napoli 1904, pag. 141, nota 1). Anche i rapporti commerciali dunque, che sono anzitutto *rapporti privati*, dovrebbero trovare, ove mancasse un diritto particolare, la loro *completa* disciplina giuridica nel sistema del diritto civile. La *particolare* disciplina del diritto commerciale, in quanto appunto è *particolare*, cioè *diversa* da quella che gli stessi rapporti troverebbero nel diritto civile, deve quindi di necessità risultare da norme che *costituiscono* principî e norme del diritto civile, e che regolando un minor numero di rapporti, sono appunto norme, rispetto ad essi, *eccezionali*. È poi anche possibile che nel diritto commerciale siano ripetute norme già contenute nel sistema del diritto civile; ma oltre queste due ipotesi nessuna altra è possibile.

norme del diritto commerciale costituiscono, almeno in gran parte, altrettante *deroghe* a norme del diritto civile, il carattere del diritto commerciale di fronte al diritto civile di *ius singulare*, stabilito *propter aliquam utilitatem* (1), cioè per le esigenze speciali del commercio, ci sembra non possa porsi seriamente in contestazione. Si tratta dunque proprio di un diritto *singolare*, *eccezionale* o *anomalo*, che dir si voglia. La qualificazione di *diritto speciale*, a cui si suole ricorrere per evitare alcuni creduti inconvenienti di quelle denominazioni, o non dice nulla, o dice, in sostanza, precisamente lo stesso. Non solo ogni norma che regola uno speciale rapporto, ma ogni ramo del diritto, che regola una speciale categoria o ordine di rapporti (così il diritto civile, il diritto amministrativo, il diritto penale, ecc.) è, in un certo senso, *diritto speciale;* sotto questo punto di vista, *diritto generale*, regolante cioè non *una parte*, ma *tutti* i rapporti umani, non può

---

(1) Che, al pari del diritto singolare, anche il diritto comune o normale abbia per base una *utilitas*, salvo che per il primo l'*utilitas* è speciale, è ormai ammesso da tutta la dottrina recente (cfr. FERRINI, *Pandette*, Milano 1900, pag. 16 e segg.; FADDA e BENSA, *Note alle Pandette del* WINDSCHEID, I, pag. 140 e 141; WINDSCHEID, *Pandette*, § 29, nota 1; REGELSBERGER, *Pandekten*, pag. 126 e 127; FÖRSTER-ECCIUS, *Preuss. Privatrecht*, I, pag. 76). Non possiamo accettare però come buona la osservazione comune, che l'essenza del diritto singolare sta nell'*essere in antitesi coi principî generali del sistema* (*contra rationem iuris*); vedi in questo senso: FERRINI, *Pandette*, pag. 16, e specialmente pag. 18, in fine, e 19; JHERING, *Geist.*, II, pag. 337; WINDSCHEID, *Pandette*, § 26, in principio; e anche SAVIGNY, *System*, I, pag. 61. Come osserveremo più oltre, la *singolarità* di una norma non esprime che un *rapporto* di *eccezione* a *regola*, in cui essa si trova con un'altra norma; ed, egualmente, un *rapporto* di *regola* ad *eccezione* esprime il concetto della *regolarità* o *normalità* di una norma: si tratta dunque di una relazione, che può intercedere fra due *norme qualunque* contenute nel sistema del diritto, non già necessariamente, di una relazione tra una norma e i *principî generali* del sistema. Contro il concetto qui combattuto vedi anche REGELSBERGER, *Pand.*, pag. 127; KELLER, *Pandekten*, § 7. È vero però d'altro canto, come osserva anche il FERRINI, *Pandette*, pag. 18, che l'essenza del *ius singulare* non sta neppure nella sua ristretta applicabilità a date categorie di persone, di cose o di rapporti, essendovi anche norme di *ius commune*, la cui applicazione si restringe a determinate categorie di persone, di cose e di rapporti. Egli è che l'*assoluta relatività* dei concetti di *ius singolare* e di *ius commune*, per cui una stessa norma

chiamarsi che *tutto il complesso sistematico del diritto*. Qualificando di *speciale*, in questo senso, il diritto commerciale, non gli si attribuisce alcuna caratteristica particolare in confronto agli altri rami del diritto (civile, penale, amministrativo, processuale, ecc.) che sono *tutti*, sotto tale aspetto, al pari di lui speciali; si determina cioè la sua posizione *di fronte al sistema generale del diritto*, non già, come pur si voleva, *di fronte al diritto civile*. Se poi consideriamo una norma o un complesso di norme non più *in sè*, e nella sua posizione nel sistema generale del diritto, *ma di fronte a un'altra norma o ad un altro complesso di norme*, non può darsi che uno di questi due casi: o si tratta di norme *parallele*, che non hanno fra loro alcun contatto e quindi nessun rapporto; o, se contatto vi è tra esse, non potendo questo dipendere se non da ciò che ambedue disciplinano, *in modo diverso*, rapporti della stessa natura, deve di necessità una di esse rappresentare la *regola* e l'altra l'*eccezione*; e precisamente, la *regola* sarà contenuta nella norma che disciplina il maggior numero di rapporti di quella natura, l'eccezione in quella che ne disciplina il minor numero. Quest'ultima si può, se si vuole, chiamare norma *speciale* di fronte alla prima che, comprendendo maggior numero di casi, è, certo, più *generale*; ma *speciale*, in questo caso, non significa se non eccezionale.

può essere *ius singolare* di fronte a una norma, e *ius commune* di fronte ad un'altra (cfr. Windscheid, *Pand.*, § 23, nota 2), vieta che l'antitesi fra l'una e l'altra possa essere posta diversamente che così: quando una determinata categoria di fatti o rapporti è regolata da due norme diverse, l'una delle quali ne disciplina il maggior numero, e l'altra il minor numero, quella che regola alcuni *determinati* fatti o rapporti della categoria si chiama di diritto *singolare*: quella che disciplina *tutti gli altri in genere* si dice di *diritto comune*. L'importanza pratica dell'antitesi sta tutta in ciò, che la norma regolante alcuni *determinati* fatti o rapporti della categoria non si può estendere al di là di essi: gli altri fatti o rapporti essendo *tutti* regolati dalla norma generale. A un concetto analogo a quello qui affermato sembra accennare il Windscheid quando scrive (*Pand.*, § 29): «L'applicazione più importante del diritto eccezionale sta in ciò, che con esso si stabilisce, per una certa classe di persone, o cose, o rapporti giuridici, *alcunchè di non avente vigore* rispetto alle altre persone o cose o rapporti giuridici *simili*»; vedi anche Crome, *System*, I, pag. 94, sub 2, e in Italia: Carnelutti, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, 1, 203, 205.

Il concetto di diritto *singolare* o *eccezionale* è infatti tutto relativo: *esso esprime semplicemente il rapporto di una norma di fronte ad un'altra norma.* Perchè vi sia *ius singulare* occorre:

1° una norma *generale*, regolante più rapporti o un intero ordine di rapporti, dettata da esigenze comuni a tutti questi rapporti;

2° una norma *particolare*, diversa dalla generale, regolante uno od alcuni determinati rapporti *della categoria di quelli regolati dalla norma generale*, e dettati da esigenze ad essi particolari.

In sostanza, la qualifica di diritto singolare *non esprime che un rapporto di eccezione a regola, nel quale una norma, comprendente uno o più determinati rapporti che fanno parte di una categoria più generale, si trova colla norma generale comprendente tutti gli altri rapporti di quella categoria.* Adunque, diritto speciale, diritto singolare, diritto eccezionale non sono che una sola e medesima cosa.

Ciò posto, è evidente che il diritto commerciale, *di fronte al diritto civile*, è appunto un diritto eccezionale o singolare, o, anche, se vuolsi, speciale, ma nel senso appunto di diritto eccezionale.

Abbiamo detto: *di fronte al diritto civile.* Perchè, se noi consideriamo le norme di diritto commerciale, non già nei loro rapporti con quelle del diritto civile, ma nei *loro rapporti interni*, la cosa cambia totalmente. La qualità di norma di diritto comune o di diritto eccezionale, esprimendo, come si è visto, solo un *rapporto* fra due norme, è chiaro che, se noi consideriamo una norma di diritto commerciale, non già di fronte alle norme di diritto civile, ma di fronte ad un'altra norma pure di diritto commerciale, può darsi benissimo che una si presenti come regola e l'altra come eccezione. Allorchè un complesso di rapporti particolari determina la formazione di un intero complesso di norme speciali, questo complesso di norme costituisce, certo, un diritto singolare di fronte al diritto comune, che regola la più ampia categoria di rapporti, in cui quelli di cui si tratta sono compresi, ma, nel seno del complesso di norme speciali, si determinano, alla loro volta, *altri rapporti di eccezione a regola.* Una norma, osserva giu-

stamente il Windscheid (1), che è particolare rispetto ad un'altra, può averne sotto di sè una alla sua volta particolare, rispetto alla quale essa sia di diritto comune. Ciò è importante, come vedremo in seguito, per il problema dell'ammissibilità dell'*estensione analogica* in materia commerciale, in quanto implica che, se è impossibile estendere per analogia una norma di diritto commerciale ai rapporti puramente civili, è d'altro canto possibilissimo estendere per analogia una norma di diritto commerciale da un rapporto commerciale regolato a uno non regolato (2).

Questa particolare natura del diritto commerciale e la sua speciale posizione di fronte al diritto civile, spiegano come esso sia un diritto eminentemente *frammentario*. Il diritto commerciale non forma un compiuto sistema giuridico, che possa stare a sè, ma un complesso di norme che lasciano, nella disciplina giuridica dei rapporti ad esse soggetti, una quantità di *lacune*. Come debbono colmarsi tali lacune? È questo un problema d'interpretazione, che risolveremo a suo luogo. Fin d'ora intanto possiamo affermare che, dove manca la norma eccezionale di diritto commerciale, subentra per logica necessità la norma di diritto comune, ossia la norma ordinaria del diritto civile. Ciò appunto dispone espressamente l'art. 1° del codice di commercio. « In materia commerciale si applicano le leggi commerciali: ove queste non dispongano si osservano gli usi mercantili.....; *in mancanza si applica il diritto civile* ». Ma questa norma, anche senza un testo positivo di legge, si sarebbe desunta egualmente dai rapporti esistenti tra diritto commerciale obiettivo e diritto obiettivo civile. I rapporti commerciali sono, prima che commerciali, rapporti *privati*; quindi venendo meno la

---

(1) *Pandette*, trad. Fadda e Bensa, I, § 23, nota 2.

(2) Vedi in seguito n. 40. Conf. al testo De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, Messina 1926, 4ª ed., § 9: « Quando il diritto singolare formi un sistema organico di norme disciplinanti tutta una materia, ben può anche in esso farsi luogo all'interpretazione analogica pei casi non contemplati da norme particolari, ma rientranti nella materia dominata da quel sistema; così è, ad es., pel diritto commerciale, da cui l'analogia non è esclusa » (pag. 63). Contro, Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma 1921, I, pag. 89.

norma stabilita per la loro speciale natura di *commerciali*, soddisfatte cioè le esigenze della loro speciale natura, è logico si applichi ad essi il diritto *comune* o *generale*. Dove vien meno la norma di diritto singolare, rientra in vigore quella di diritto comune. L'art. 1° dunque non fa che confermare ancora una volta il carattere eccezionale del diritto commerciale di fronte al diritto civile. Il principio ivi affermato, che in mancanza di una disposizione di diritto commerciale scritto e consuetudinario, si debba ricorrere al diritto civile, non ammette diversa conclusione. In un sistema di norme di *diritto comune*, esaurita l'interpretazione grammaticale e logica, le lacune che possono restare col sistema vanno colmate prima coll'analogia, poi coi principî generali del sistema, e infine *coi principî generali di tutto il diritto positivo* (art. 3 disp. prel.). Quando invece dai principî generali del sistema non si passa ai principî generali di tutto il diritto positivo, come porterebbe il processo di generalizzazione prescritto nell'art. 3, ma alle norme di un altro sistema, ciò significa che queste norme regolano, oltre i rapporti compresi nel sistema di cui fanno parte, anche i rapporti compresi nell'altro sistema, in quanto non vi siano norme speciali per questi ultimi; esse — in altri termini — costituiscono il diritto *comune* di tutto il complesso dei rapporti compresi nei due sistemi, mentre le norme dell'altro sistema costituiscono un diritto singolare per una parte sola di questi rapporti (1).

---

(1) L'opinione sostenuta nel testo, che il diritto commerciale sia diritto eccezionale di fronte al diritto civile, fu da me messa innanzi nello scritto: *Intorno al carattere del diritto commerciale e ai suoi rapporti col diritto civile*, nei volumi in onore di V. Scialoja, I, pag. 549 e seg. Nello stesso senso si sono pronunciati in seguito: A. Scialoja, *Le fonti del diritto commerciale*, Perugia 1907, pag. 62, 63 (riprodotto, con modificazioni ed aggiunte, nel volume *Saggi di vario diritto*, Roma 1927, I, pag. 302); Navarrini, *Trattato elementare di diritto commerciale*, Torino 1911, I, pag. 22; *Trattato teorico pratico di diritto commerciale*, Torino 1913, I, n. 36; Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, 2ª ed., 1916, pag. 19; De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, 4ª ediz., Messina 1926, I, § 9; Asquini, *L'autonomia del diritto marittimo*, in *Arch. giur.*, 4ª serie, vol. IV (1922), pag. 209. *Contra:* Coppa-Zuccari, *Diritto singolare e diritto comune*, Modena 1915, pag. 72 e segg.; Degni, *L'interpretazione della legge*, Napoli 1909, pag. 24, e Ferrara, *Trattato di*

§ 5. La questione dell'autonomia del diritto commerciale.

Sommario: 14. Il movimento per un codice unico delle obbligazioni. Ragioni che lo sostengono. Critica di esse. — 15. Costituzione odierna dei rapporti economici privati ed opportunità di un diritto speciale al commercio.

14. L'allargarsi sempre maggiore della sfera d'azione del diritto commerciale ha persuaso alcuni autorevoli scrittori a negare la necessità ed opportunità di un diritto speciale al commercio, e a sostenere invece la necessità di fondere il diritto commerciale col diritto civile delle obbligazioni, in un *codice unico delle obbligazioni*.

Il movimento a favore del codice unico delle obbligazioni, iniziato nel 1888 dal Vivante in una brillante e geniale *prolusione*, andò man mano acquistandosi nuovo favore. Vi aderirono: il Bolaffio, lo Sraffa, il Bruschettini. Lo combatterono invece il Manara, il Vidari e il Sacerdoti (1).

---

diritto civile, I, pag. 84, nota 2, il quale afferma che la nostra opinione riposa sul vizio logico di considerare ogni disciplina *diversa* dei rapporti come *eccezione*. Ma il preteso vizio logico non esiste. Quando un rapporto viene sottoposto a disciplina *diversa* da quella che lo regolerebbe, se la disciplina diversa non esistesse, questa necessariamente costituisce una *eccezione* alla disciplina di cui esclude l'applicazione. E ciò avviene precisamente dei rapporti commerciali, che sarebbero regolati dalle norme di diritto privato contenute nel codice civile, se norme speciali, che per ciò stesso sono norme eccezionali di fronte alle prime, non fossero contenute nel codice di commercio. Che poi nel diritto commerciale vi siano alcune norme, le quali non costituiscono eccezione, ma soltanto sviluppo e derivazione di norme e di principî del diritto civile, abbiamo già notato *retro*, pag. 59-60.

(1) Vivante, *Per un codice unico delle obbligazioni*, in *Arch. giur.*, XXXIX (1888), pag. 407 e segg.; *Ancora per un codice unico delle obbligazioni*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, XIII, pag. 378 e segg.; *Trattato di dir. comm.*, 5ª ed., § 1; Bolaffio, *Per un codice unico delle obbligazioni*, Venezia 1889; *A proposito dell'unificazione del diritto delle obbligazioni*, in *Giur. ital.*, 1907, IV, 113; Sraffa, *La lotta commerciale*, Pisa 1894; Manara, *Contro un codice unico delle obbligazioni*, in *Giur. ital.*, 1892; Vidari, *Contro un codice unico delle obbligazioni*, appendice al vol. I del *Corso di dir. comm.*, 5ª ed.; Sacerdoti, *Contro un codice unico delle*

L'osservazione fondamentale da cui partono i fautori del codice unico delle obbligazioni è la seguente: Lo svolgimento storico del diritto commerciale e lo studio delle sue attuali condizioni provano che, nel fatto, il diritto commerciale oggidì non regola più soltanto il fenomeno sociale del commercio, ma si è trasformato in diritto comune, il quale regola commercianti e non commercianti, atti di commercio ed atti che di commercio hanno solo il nome, ma effettivamente sono atti della vita civile.

Oltre a questa ragione fondamentale si adducono altre considerazioni di ordine pratico contro la separazione del diritto commerciale dal diritto civile.

a) Siccome il codice di commercio contiene le norme che il commercio si è venuto creando per proteggere i proprî interessi, il diritto commerciale costituisce una vera legislazione di classe, nella quale gli interessi dei produttori sono favoriti a danno dei consumatori. Alla compilazione del codice di commercio furono chiamati gli industriali, i banchieri, gli assicuratori, le Camere di commercio, tutrici e rappresentanti del grande commercio, gli uomini che nella professione e nell'insegnamento erano abituati a difenderne gli interessi; ed è naturale che ne venisse fuori una legislazione che subordina l'interesse di tutti i cittadini a quello dei commercianti. Così per dare qualche esempio, i titoli al portatore scomparsi vanno a beneficio dell'istituto emittente, che rimane liberato dall'obbligo di rimborsarli (art. 57). Nessuna garanzia è concessa a coloro che depositano i loro risparmi nelle banche; nessuna ai portatori di obbligazioni delle società commerciali; nessuna agli assicurati che affidano centinaia di milioni alle compagnie assicuratrici. Il commerciante che vende merci difettose è liberato da ogni responsabilità, se il cliente non protesta

---

obbligazioni, Padova 1890. Si pronunciò contro l'unificazione anche MARGHIERI, *Trattato*, 3a ediz., *Introduzione*, e in *Rivista di dir. comm.*, 1907, I, 21. Vedi inoltre COHN, *Drei Rechtswissenschaftliche Vortrage*, 1888; RIESSER, *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs*, Stuttgart 1894, e, da ultimo, WIELAND, *Handelsrecht*, 1921, che vigorosamente afferma la necessità di una legislazione speciale del commercio, pag. 54; v. anche THALLER, in *Ann. de droit comm.*, 1893, I, pag. 21.

entro due giorni (art. 70); la compagnia di navigazione può liberarsi da ogni responsabilità per i fatti del capitano e dell'equipaggio abbandonando la nave (art. 491). Le prescrizioni hanno un termine breve, di pochi mesi, quando colpiscono i diritti dei consumatori e, con ingiustificata disuguaglianza, lasciano dieci anni alle imprese commerciali per fare valere i proprî. E così si potrebbero moltiplicare gli esempi.

b) La coesistenza dei due codici nuoce all'economia dei giudizi ed alla certezza del diritto. Un gran numero di controversie, con immenso spreco di tempo e di danaro, si agita quotidianamente nel foro sulla questione preliminare del carattere civile e commerciale della causa. Di più la facoltà lasciata dalla legge ai magistrati di attribuire il carattere commerciale ad atti, che non figurano nella serie dimostrativa degli atti di commercio è causa di incertezze nell'applicazione del diritto commerciale.

c) Infine anche dal punto di vista *scientifico* si afferma il danno della separazione. La deficenza di regole generali nel codice di commercio proviene appunto dall'autonomia del diritto commerciale; i cultori di questa scienza, non comprendendo che i capisaldi ed i presupposti degli istituti giuridici regolati dal codice di commercio si trovano nel codice civile, trascurano di studiare il diritto civile e il diritto commerciale come una scienza sola: essi trascurano l'opera lenta e paziente del giureconsulto, che tenta di far rientrare le nuove manifestazioni della vita sociale sotto le regole vecchie e solo cede di fronte all'evidente necessità di una regola nuova; onde si sente, ad ogni piè sospinto, dagli scrittori di diritto commerciale, parlare di eccezioni al diritto comune, di contratti *sui generis*, di istituti d'indole singolare od anomala.

Non tutte queste ragioni, che si adducono contro la necessità di un diritto commerciale autonomo hanno lo stesso valore. Nulla prova, ad esempio, contro l'autonomia del diritto commerciale, l'osservazione che il codice di commercio, benchè oramai regoli l'attività dei commercianti e dei non commercianti, è un codice di classe, perchè elaborato dai commercianti, e pieno di disposizioni favorevoli agli interessi dei commercianti contro i non commercianti. Anzitutto se, finora, nella elaborazione dei codici di commercio, hanno eser-

citato influenza preponderante le rappresentanze degli interessi dei commercianti, ciò non significa punto che questa soverchiante preponderanza sia dovuta all'esistenza di un diritto commerciale autonomo: e meno ancora che essa non si sarebbe fatta sentire, se non vi fosse stato un codice di commercio. Ogni classe sociale che ha interessi comuni da far valere, e mezzi sufficienti per farli valere, esercita, nella formazione della legislazione, quell'influenza che è richiesta dalla importanza degli interessi in giuoco e che è permessa dalla forza di pressione che essa può esercitare, sia sull'opinione pubblica, sia sopra i poteri dello Stato. Nulla di più normale, diremo meglio, nulla di più inevitabile di ciò, che è una pura e semplice conseguenza del giuoco delle forze sociali. Ora, se finora la classe dei commercianti ha esercitato, a proprio vantaggio, una preponderante influenza nella formazione del nostro diritto commerciale, ciò è dovuto al fatto che quella classe era la meglio organizzata, la più potente, quella che aveva più rilevanti interessi da far valere. Questa influenza essa l'avrebbe fatta valere ugualmente, se il diritto commerciale fosse stato fuso col diritto civile in un unico codice: perchè quella influenza si esercita necessariamente dovunque gli interessi della classe sono in giuoco. Si esercita, ad esempio, nelle stipulazioni dei trattati di commercio, per ottenere tariffe doganali favorevoli. Il prevalere degli interessi delle classi più potenti e meglio organizzate è un fenomeno sociale necessario; che dipende da ben altre e più complesse cause che non l'esistenza di un codice autonomo per certi determinati rapporti sociali. Le classi più umili dei consumatori troveranno una tutela efficace dei loro interessi nella organizzazione, in una attiva partecipazione alla vita pubblica, in una più forte organizzazione dello Stato, tutore supremo dell'equilibrio fra le classi e i gruppi sociali, non già nella fusione del codice di commercio col codice civile.

Nemmeno decisivo è l'argomento tratto dall'incertezza a cui dà luogo, nell'applicazione del diritto commerciale, la questione preliminare dei limiti fra materia civile e materia commerciale. Ogni momento, nell'applicazione del diritto, si fa questione di limiti, o meglio, tutta l'applicazione del diritto è questione di limiti. Non solo nell'applicazione del diritto

commerciale sorge la questione: siamo qui di fronte ad un rapporto, a cui è applicabile la norma di diritto commerciale? ma questioni analoghe sorgono nell'applicazione del diritto civile, del diritto amministrativo, del diritto penale. Ogni momento capita di doversi domandare, ad esempio, se si è di fronte ad un fatto illecito civile o ad un reato, ad un atto della pubblica amministrazione violante un vero *diritto privato o pubblico*, oppure un semplice *interesse;* e nel campo stesso del diritto civile, se si è di fronte ad un contratto di società, o di mandato, o di locazione di opera. Sopprimere le questioni di limiti nel diritto non è possibile, senza sopprimere il diritto.

Nemmeno infine sono argomento decisivo le manchevolezze scientifiche, a cui ha dato luogo la separazione dei due codici. Esse sono dovute, più che all'esistenza di un codice di commercio, alla deficente coltura di qualche scrittore di diritto commerciale, ed alla imperfetta conoscenza del metodo. Tanto è ciò vero, che, anche sotto l'impero del vigente codice di commercio, la letteratura giuridica italiana si è arricchita di parecchie pregevoli pubblicazioni, in cui la coordinazione scientifica tra diritto civile e commerciale è fatta con metodo eccellente e con ottimi risultati.

15. L'argomento veramente rilevante è dunque quello che il diritto commerciale, oggidì, *nel fatto*, regola molti rapporti che possono essere perfettamente estranei al commercio, « quando si pensi alla profonda omogeneità della nostra costituzione sociale, dove le varie classi dei cittadini s'incontrano e s'intrecciano, travagliando insieme nella lotta per l'esistenza » (1).

Questo è per noi il vero nodo della questione. Sulla quale dobbiamo osservare, anzitutto, che essa va spogliata dal soverchio formalismo, con cui la si suole trattare comunemente. Si contende di solito sulla necessità ed opportunità di sostituire all'attuale codice di commercio un codice unico delle obbligazioni civili e commerciali. Ora, che le norme concernenti il commercio e quelle concernenti la vita civile

(1) VIVANTE, *Trattato*, I, pag. 8.

siano contenute in un codice o in due codici, non è cosa di grande importanza dal punto di vista scientifico; il diritto commerciale potrebbe restare un diritto autonomo e, quindi, la scienza del diritto commerciale una scienza giuridica autonoma, quando anche le norme del diritto commerciale fossero contenute in un codice unico, insieme con quelle del diritto civile delle obbligazioni (1). Quello che invece occorre domandarsi, per scendere alla sostanza delle cose, è se, nell'àmbito dei rapporti economico-privati, vi sia una categoria di rapporti (quelli derivanti dall'industria commerciale, ed altri, che hanno l'esigenza di una identica o simile regolamentazione giuridica), i quali abbisognano di una disciplina giuridica speciale e, se non in tutto, in gran parte diversa da quella dei restanti rapporti economico-privati. Posta in questi termini la questione, essa non può risolversi che mediante una accurata analisi, fatta secondo i dati dell'esperienza, della costituzione odierna dei rapporti economico-privati e delle esigenze che essi pongono al diritto. Bisogna dunque vedere:

1° quale sia la struttura della industria commerciale propriamente detta e quali siano le esigenze che essa pone al diritto, le quali determinarono la formazione di un diritto speciale al commercio;

2° se, oggidì, la uniformità della vita economica sia giunta a tal grado, che le esigenze una volta proprie della industria commerciale siano ormai diventate comuni *a tutti i rapporti economici privati*.

1° L'analisi, anche superficiale, del fenomeno economico del commercio, ci dirà che cosa chiede l'industria commerciale alla legislazione per potersi convenientemente sviluppare: vale a dire quali caratteristiche deve avere un ordinamento giuridico che voglia favorire lo sviluppo del commercio.

---

(1) Che sia del tutto empirico il problema dell'unificazione formale, è stato posto in rilievo recentemente dal Wieland, *Handelsrecht*, I, § 6, il quale ha dimostrato che il diritto commerciale col suo carattere di diritto singolare rivive dentro la legge svizzera delle obbligazioni. Cade così anche l'argomento che dai nostri sostenitori dell'unificazione si traeva dall'esempio della legislazione svizzera, che, del resto, non ha avuto imitatori.

Lo studio della vita economica di qualunque popolo progredito ci mostra l'esistenza di una categoria numerosa di persone, che si fanno *intermediari* degli scambi. Ora a questa categoria di persone, la quale acquista *beni* e *servizi* non *per sè*, ma per porli a disposizione di chi ne ha bisogno, e che pone a disposizione di chi ne ha bisogno, non i prodotti diretti del proprio lavoro, ma i prodotti del lavoro altrui, sono necessarie, per la esplicazione della sua funzione economica, *la possibilità di una rapida e spedita conclusione degli affari e la massima facilità del credito*. È necessaria la rapida conclusione degli affari, perchè solo a questo patto è possibile la ricerca e l'acquisto dei prodotti e dei servigi e il loro collocamento nei luoghi dove vi è bisogno di essi; ossia, solo a questo patto riesce proficuo l'esercizio della loro funzione intermediaria fra chi produce e chi consuma. È necessaria la facilità del credito, perchè è necessario il credito a chi non acquista *per sè*, ma *per altri*, e in tanto acquista, in quanto conta di collocare, a suo tempo, e nei luoghi opportuni, i prodotti acquistati. Da ciò deriva che l'industria commerciale richiede al diritto, per potersi esplicare e sviluppare:

a) *la maggiore semplicità di forme nella manifestazione della volontà privata diretta alla costituzione dei rapporti giuridici;*

b) *la più efficace tutela del credito.*

Ora il diritto commerciale come diritto speciale al commercio sorse e si sviluppò appunto perchè il diritto comune non offriva nè semplicità di forme, nè tutela efficace del credito. E non l'offriva perchè nè dell'una, nè dell'altra cosa avevano bisogno i rapporti economici privati, i quali, per le condizioni economiche e sociali dell'epoca, si differenziavano completamente dai rapporti commerciali, sotto questo riguardo. La scarsissima cultura delle popolazioni, la poca autorità dello Stato, la cui azione a tutela del diritto era scarsamente efficace, la minima importanza della fortuna mobiliare e la stragrande importanza di quella immobiliare, rendevano necessarie, per la massima parte della popolazione, forme solenni per la conclusione di contratti. La solennità delle forme assicurava la verità e sincerità della manifestazione del consenso; evitava litigi ed accertava lo stato della proprietà

immobiliare specie di fronte ai terzi, in modo certo ed indiscutibile. Del credito poi, all'infuori dei rapporti commerciali, era poco o punto sentito il bisogno; e del resto lo sviluppo del credito trovava un ostacolo insormontabile nelle idee religiose e nei divieti canonistici alla stipulazione degli interessi.

2° Che questa condizione di cose si sia andata, nel corso dei secoli, lentamente modificando, e che la struttura odierna dei rapporti economico-privati sia profondamente diversa, non è possibile negare. Rafforzatasi l'autorità dello Stato, organizzata saldamente l'amministrazione della giustizia, sviluppatasi la proprietà mobiliare, la necessità di forme solenni per la manifestazione della volontà privata è certo grandemente diminuita in tutto, in genere, il campo dei rapporti economici. D'altro canto, la terra non è oggi più l'unica fonte della ricchezza ed anch'essa comincia ad essere coltivata con procedimenti tecnici, che richiedono ingenti e continue anticipazioni di capitali. Altre industrie si sono sviluppate oltre la commerciale, anch'esse, come l'industria commerciale, bisognose di credito. Migliorate le comunicazioni, diminuito il prezzo del danaro, il credito si è enormemente diffuso. Anche all'infuori del commercio vi è nella vita economica odierna, bisogno di credito, e quindi di una efficace tutela del credito.

Questo progressivo svolgimento della vita economica, per cui nuove categorie di rapporti economico-privati sono andate sviluppandosi, con le stesse esigenze dei rapporti dell'industria commerciale, spiega benissimo il progressivo allargarsi della sfera d'azione del diritto commerciale. Il diritto commerciale offriva, già formato, un complesso di norme singolarmente adatte a favorire la circolazione dei beni e lo sviluppo del credito; è ben naturale che ci si rivolgesse ad esso quando si trattò di disciplinare nuove forme di attività economica, dominate dalle identiche esigenze, che avevano determinata la formazione del diritto commerciale.

Ma — e il nodo del problema sta tutto qui — queste nuove serie di rapporti economico-privati esauriscono esse il campo dei rapporti economico-privati? O almeno ne costituiscono esse la maggioranza, in modo da capovolgere il rapporto in cui le norme di diritto commerciale stanno con

quelle di diritto civile, e da far considerare il diritto commerciale come il diritto comune dei diritti privati, e il diritto civile come il diritto particolare di alcune categorie di tali rapporti?

A queste domande l'analisi dei fatti ci impone di rispondere negativamente. Lo studio della vita economica ci mostra invero che la serie dei rapporti economici, che possono assimilarsi ai commerciali nelle esigenze della disciplina giuridica costituiscono, pur sempre, *singole categorie* di rapporti privati. Esigenze simili a quelle dei rapporti commerciali hanno, nel campo della produzione, i rapporti *della grande industria manifatturiera;* la quale pure, sebbene non in egual misura dell'industria commerciale, implica rapida e facile circolazione dei beni e uso relativamente largo del credito personale. Ma non altrettanto può dirsi della *piccola industria*. Che anzi nel campo appunto della piccola industria, non solo manifatturiera, ma anche commerciale, le norme del codice di commercio si sono mostrate inadatte alle aziende minori. Così è sembrato grave ed inutile l'obbligo della tenuta dei libri, si è rilevata ingombrante e troppo severa la procedura di fallimento, e la legge 25 maggio 1903 sul *concordato preventivo e i piccoli fallimenti* ha provveduto in parte a sottrarre alle norme troppo rigorose del codice di commercio le piccole imprese commerciali. Ma, sempre nell'àmbito della produzione, assai diversa dalle esigenze dell'industria commerciale sono quelle dell'*industria agraria*. Non parliamo delle piccole imprese, per cui deve ripetersi, a più forte ragione, ciò che si è detto delle piccole imprese commerciali e industriali. Ma nel campo stesso della grande industria, che pure presenta, nei suoi atteggiamenti, talune innegabili somiglianze con la organizzazione della grande impresa commerciale e manifatturiera, le esigenze dell'industria agricola non sono affatto identiche a quelle dell'industria commerciale. Una rapida circolazione della ricchezza non è necessaria, anzi è impossibile nell'industria agricola, che si svolge lentamente a lunghi periodi prestabiliti: anche il credito, la cui necessità è sentita dalla industria agraria, ha carattere e forme sue proprie: è credito prevalentemente reale, e sopratutto è credito a lunga scadenza.

Se poi usciamo dal campo della produzione, la distinzione si fa ancora più profonda. I rapporti economico-privati non appartenenti alla produzione e non connessi con la produzione, hanno natura ed esigenze sostanzialmente diverse da quelli della produzione in genere e in ispecie dell'industria commerciale. Sono rapporti connessi con istituzioni tradizionali, che interessano la costituzione politica dello Stato, come la famiglia, la proprietà, il sistema successorio; oppure sono rapporti inerenti allo scambio non produttivo, in cui non è necessaria alcuna speciale semplificazione di forme giuridiche, ed è più che inutile, inopportuna, ogni agevolazione fatta al credito che, essendo credito improduttivo o di consumo, è causa di danni e di pericoli non pochi. Tanto che, in un sistema, come il nostro, il quale consente di adoperare la cambiale per ogni specie di operazione di credito, più voci si sono levate per lamentare che la cambiale, di sua natura strumento di credito produttivo, anzi propriamente di credito commerciale, venga adoperata, contro la sua natura e con cattivi risultati, come strumento di credito improduttivo (1). Ciò prova che dove la legge, violentando la natura dei rapporti, estende norme e istituti di diritto commerciale a rapporti sostanzialmente diversi, non possono aversene che conseguenze dannose.

In conclusione, è certamente oggi prematuro affermare che le esigenze dell'industria commerciale siano sentite, non solo da *alcune*, ma da *tutte* le categorie di rapporti economico-privati, o dalla grande maggioranza di essi. Accadrà ciò in avvenire? Ecco quanto non è possibile ora prevedere: è questione che dipende dall'assetto economico della società futura. Ma, certo, se si accentuasse la tendenza alla socializzazione e alla statizzazione dei mezzi di produzione, più che di fusione del diritto civile e del diritto commerciale, si dovrebbe parlare di assorbimento, almeno parziale, dell'uno e dell'altro, da parte del diritto amministrativo. In ogni caso, ed è questo che a noi preme di affermare, l'unità del diritto privato non può essere effetto di un atto di autorità del

---

(1) Cfr. Sraffa, *La cambiale e i non commercianti*, in *Archivio giuridico*, 1897, fasc. 1-2-3.

legislatore, ma deve esser resa necessaria dalla sostanziale omogeneità dei rapporti economico-privati; omogeneità che oggi manca, e che nessuno può dire se sarà il risultato della ulteriore evoluzione della vita economica (1).

§ 6. La scienza del diritto commerciale e i suoi rapporti con le altre scienze sociali e giuridiche.

SOMMARIO: 16. La scienza del diritto commerciale come scienza giuridica autonoma. — 17. Rapporti della scienza del diritto commerciale con le altre scienze e specialmente con le scienze sociali e giuridiche.

16. I) *La scienza del diritto commerciale come scienza giuridica autonoma.* — Affermata la ragion d'essere del diritto commerciale, come un complesso autonomo di norme, non è ancora dimostrata l'autonomia del diritto commerciale come scienza. Fa dubitare dell'esistenza di una scienza del diritto commerciale la frammentarietà delle norme che costituiscono

---

(1) Vedi anche ROCCO, *Intorno al carattere del diritto commerciale* cit., pagg. 543-545. La polemica su questo argomento, che fu un tempo molto vivace, può considerarsi ormai sorpassata. Già lo stesso VIVANTE, che iniziò e condusse vigorosamente la propaganda a favore di un codice unico delle obbligazioni, aveva mostrato poi di accostarsi al concetto che l'unificazione del diritto delle obbligazioni non può essere opera dell'arbitrio legislativo, ma dell'evoluzione della vita economica: « Io credo che, più assai della nostra influenza di scrittori, contribuirà a risolvere questo dissidio il presente movimento economico che dà luogo a nuovi istituti giuridici che non hanno un carattere nè civile, nè commerciale, ma regolano obbiettivamente il campo comune dell'industria, senza distinguere chi è commerciante da chi non lo è » (*Trattato*, § 1, nota finale). Nella recente preparazione della riforma generale dei nostri codici, il problema della unificazione del diritto delle obbligazioni fu appena proposto, ma la tesi della unificazione non ebbe sostenitori. Anche il VIVANTE, da ultimo, si è apertamente dichiarato per l'autonomia del diritto commerciale in *Riv. di dir. comm.*, 1925, I, pag. 572, spiegando che questo atto di conversione si è maturato in lui da una lunga esperienza di lavori legislativi, la quale lo convinse che la fusione dei due codici recherebbe un grave danno al progresso del diritto privato e alla sua funzione pratica.

la disciplina giuridica del commercio, e la loro posizione subordinata di fronte alle norme del diritto civile. È perciò ragionevole il dubbio, se alle due scienze del diritto civile e del diritto commerciale, si debba sostituire un'unica *scienza del diritto privato*, la quale studii tutto il complesso organico delle norme che regolano i rapporti fra privati.

Non si può certamente disconoscere che lo studio del diritto commerciale importi un continuo richiamo ai principî del diritto civile; la frammentarietà delle norme di diritto commerciale implica che le sue frequenti lacune siano colmate mediante norme di diritto civile; s'intende quindi come lo studio del diritto civile sia non solo uno strumento ausiliare, ma addirittura un elemento di integrazione per lo studio del diritto commerciale.

Ma è anche da osservare che non può riconoscersi decisivo contro l'autonomia di una scienza il ricorso anche frequente, che essa debba fare, ai principî ed ai concetti di un'altra scienza.

Valga per tutti nel campo stesso delle discipline giuridiche, l'esempio del diritto penale. Si ammetta o non si ammetta il così detto carattere *sanzionatorio* del diritto penale: si neghi pure che questo ramo del diritto contenga semplicemente le *sanzioni* delle norme appartenenti a tutto l'ordinamento giuridico, nel qual caso è chiaro che il diritto penale sarebbe da considerare, senz'altro, come un'appendice di tutte le altre norme di diritto pubblico e privato; si ritenga pure, invece, che esso non contenga solo sanzioni, ma norme, in cui, nell'interesse dello Stato, si tutelano beni individuali e collettivi, per lo più tutelati anche da altre norme, ma talora anche non tutelati altrimenti (1), è certo che il diritto penale non può comprendersi e non può studiarsi, se non si conoscono e si studiano tutte le norme di diritto che tutelano quegli stessi beni o interessi che sono oggetto della tutela penale. E infatti i richiami a concetti di diritto civile, di diritto commerciale, di diritto costituzionale, amministrativo, processuale, sono continui nel campo del diritto penale. Ma

(1) Cfr. su ciò Rocco (Art.), *Il così detto carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. ital.*, 1910.

nessuno, anche dei più convinti fautori dell'opinione che ammette il carattere sanzionatorio del diritto penale (in cui la cosa è anche più evidente), dubita per un istante della esistenza autonoma di una scienza del diritto penale.

Egli è che l'*autonomia* di una scienza non deve confondersi con la sua *indipendenza* o, meglio, col suo isolamento. Perchè un corpo di dottrine abbia ragione di esistere e di essere considerato come scienza autonoma è necessario e sufficiente:

1° che esso sia abbastanza vasto da meritare uno studio apposito e particolare;

2° che esso contenga dottrine omogenee, dominate da concetti generali comuni e distinti dai concetti generali informatori di altre discipline;

3° che possegga un *metodo proprio*, ossia che adoperi procedimenti speciali per la conoscenza delle verità, che costituiscono l'oggetto delle sue indagini.

Ora risponde la scienza del diritto commerciale a queste condizioni?

Evidentemente sì. Quanto alla sua vastità basti ricordare che il solo codice di commercio comprende 926 articoli, poco meno della metà del codice civile, circa il doppio del codice penale, e altrettanti quanti il codice di procedura civile e il codice di procedura penale; e ciò senza contare i numerosi istituti che non sono disciplinati espressamente dal codice: le operazioni di banca, buona parte delle operazioni di borsa, le stallìe e le controstallìe, i raccomandatari e via dicendo. Ciò che costituisce un complesso di norme tale da fare alla scienza del diritto commerciale un campo altrettanto vasto quanto quello delle altre discipline giuridiche particolari.

Quanto alla omogeneità delle dottrine e alla particolarità dei principî generali, non v'ha alcun dubbio. Vi sono principî generali di *diritto commerciale*, così come vi sono principî generali di diritto civile, e sono principî ben distinti, e qualche volta opposti, a quelli del diritto civile; così i principî: «il danaro si presume sempre fruttifero», «le obbligazioni si presumono sempre assunte in solido», «nessuna prestazione si presume gratuita», «la prova dei fatti giuridici in materia

commerciale è libera », « sono validi i contratti a favore di terzi », ecc. (1).

Infine, quanto al *metodo*, vedremo fra breve come lo studio del diritto commerciale richieda procedimenti particolari, specialmente per la conoscenza del contenuto sostanziale della norma, ossia dei rapporti sociali che essa regola.

In conclusione, non può negarsi, ci sembra, l'autonomia di una scienza come quella del diritto commerciale che, fra l'altro, conta da secoli una ricca e vigorosa letteratura.

Dell'*autonomia didattica* della nostra scienza non è il caso di parlare; essa è da molti anni riconosciuta dagli ordinamenti universitari in Italia e all'estero.

17. II) *Rapporti della scienza del diritto commerciale con le altre scienze, e specialmente con le scienze sociali e giuridiche.* — Autonomia scientifica non è isolamento scientifico; ogni scienza ha rapporti di connessione con altre scienze, e strettissimi rapporti di tal genere ha la scienza del diritto commerciale.

A) Chiari sono in prima linea i rapporti della scienza del diritto commerciale (la quale studia la *disciplina giuridica* del commercio e dei rapporti assimilati) con le altre scienze, che studiano *direttamente* il commercio. Ogni fatto e ogni ordine di fatti può, è noto, costituire oggetto delle indagini di più scienze, secondo il punto di vista, dal quale lo si studia. Ora, mentre la scienza del diritto commerciale studia il commercio dal punto di vista *giuridico*, altre scienze studiano il commercio da altri punti di vista. Vi è tutto un gruppo di scienze tecniche, che studiano i varî rami del commercio dal punto di vista dei procedimenti e dei mezzi necessari per bene esercitarli (*merceologia, ragioneria commerciale, tecnica bancaria, scienza attuariale, esercizio delle ferrovie, arte della navigazione*, ecc.). Bene spesso, nello studio del diritto commerciale, occorre far richiamo alle regole di queste

---

(1) Vedi sui principî generali del diritto commerciale quanto diremo in seguito a proposito del *metodo* (*Introduzione*, § 7) e della *interpretazione* (libro I, § 13).

scienze, che sono di aiuto inestimabile per conoscere, nella loro realtà, i fatti che il diritto commerciale vuol regolare.

B) Vi sono le *scienze sociali*, che studiano il commercio come *fenomeno sociale*. Così l'*economia politica* e specialmente l'*economia commerciale*, studia il commercio dal punto di vista *economico*, studia cioè in qual modo e con quali leggi l'industria commerciale promuova ed agevoli lo scambio dei prodotti. Così la *scienza politica*, e specialmente *la politica commerciale*, studia quale debba essere l'azione dello Stato per tutelare e dare incremento a questo ramo importante della produzione economica. Così la *storia del commercio* studia l'evoluzione storica del commercio presso i vari popoli e nelle varie epoche. Così la *statistica commerciale*, mercè la osservazione, per masse o grandi numeri, del fenomeno economico del commercio, indaga le regolarità del movimento commerciale e ci presenta lo stato generale del commercio, in un dato paese e in un'epoca determinata. Mentre vi è netta distinzione fra il diritto commerciale e tutte queste varie scienze che studiano, ma sotto altri punti di vista, il fenomeno sociale del commercio, v'è d'altro canto, fra la scienza del diritto commerciale e queste altre scienze, stretta coordinazione, giacchè esse sono indispensabili per la conoscenza dei rapporti, che il diritto commerciale regola (1).

C) Ancora più stretti sono i rapporti della scienza del diritto commerciale con le altre *scienze giuridiche*.

a) Poniamo in prima linea qui i rapporti fra la scienza del diritto commerciale e la *teoria generale del diritto o giurisprudenza generale*. La teoria generale del diritto (*allgemeine Rechtslehre*) studia ed elabora i principi generali, comuni a tutti i rami del diritto. Questo studio ha un'importanza, non solo teorica, ma anche pratica. Ricavando dall'esame delle norme costituenti tutto l'ordinamento giuridico, alcune norme generalissime e quindi comuni a tutti i campi del diritto, pubblico e privato, si possono colmare quelle lacune dell'ordinamento giuridico, che l'estensione analogica delle

---

(1) Sui rapporti della scienza del diritto commerciale con le altre scienze sociali vedi GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, § 2, pag. 1-10; BEHREND, *Lehrbuch*, § 7, pag. 16 e seg., testo e nota 25.

norme di un singolare ramo del diritto non sarebbe sufficiente a colmare. Ora il gran numero e la grande importanza delle lacune nel diritto commerciale, rese più gravi e continue dal rapido evolversi dei rapporti commerciali, costringe non di rado l'interprete a cercare la norma regolatrice, desumendola, mediante estensione analogica, non solo nel campo del diritto civile, ma anche in altri campi del diritto, e ad assumersi così un còmpito proprio della teoria generale del diritto. La scienza che offre o dovrebbe offrire (poichè purtroppo la elaborazione della teoria generale del diritto è ancora relativamente poco progredita in Italia) già formate queste regole comuni a tutti i campi del diritto, è dunque una ausiliaria preziosa nello studio e nella interpretazione del diritto commerciale.

b) A più forte ragione stretti e frequentissimi sono i rapporti della scienza del diritto commerciale con la *scienza del diritto civile*. Poichè, come vedemmo, il diritto che regola il maggior numero di rapporti privati è il diritto civile, mentre il diritto commerciale regola *alcune* speciali categorie di rapporti privati, il diritto civile deve considerarsi il diritto *comune* dei rapporti privati; ciò significa che tutte le lacune del diritto commerciale vanno colmate con norme del diritto civile. L'applicazione del *diritto civile alla materia commerciale* è dunque cosa ordinaria e frequentissima. La ricostruzione organica di un *sistema* del diritto commerciale, anche dal punto di vista scientifico, non è possibile, senza inquadrarvi le numerosissime regole del diritto civile, che completano le norme incompiute e frammentarie del diritto commerciale. La connessione anzi fra la scienza del diritto civile e quella del diritto commerciale è così stretta, da legittimare persino il dubbio se esista, come organismo a sè, una scienza del diritto commerciale, o se invece non esista come disciplina autonoma, che solo la *scienza del diritto privato*. La risoluzione della questione dipende in gran parte dalla soluzione dell'altro problema, che abbiamo sopra discusso, dell'esistenza autonoma del diritto commerciale. Risoluto questo problema in senso affermativo, come noi abbiamo fatto, non è tuttavia ancora dimostrata l'esistenza di una *scienza autonoma* del diritto commerciale.

Se, ad esempio, come credono taluni scrittori (1), non si deve ricorrere all'estensione analogica delle norme di diritto commerciale, se non in presenza di una lacuna anche nelle corrispondenti norme del diritto civile, e se perciò, necessariamente, si nega l'esistenza dei principî generali proprî al solo diritto commerciale (perchè in tal modo il campo stesso dell'estensione analogica delle norme di diritto commerciale verrebbe ad essere enormemente ristretto e quasi annullato) (2), si viene necessariamente a negare anche allo studio del diritto commerciale ogni unità organica e sistematica, e quindi ogni carattere di scienza autonoma. Ma, come pur vedremo in appresso, noi non crediamo che i rapporti fra diritto civile e diritto commerciale debbano condurre ad escludere praticamente l'estensione analogica dal campo del diritto commerciale propriamente detto. Noi crediamo invece che il diritto civile non possa regolare un rapporto commerciale o assimilato, se non quando manchi una norma di diritto commerciale: e che non si possa dire mancante una norma di diritto commerciale quando essa, sia pur non espressamente dichiarata, esista implicitamente nel sistema, e la si possa desumere per via dell'estensione analogica (3). Crediamo quindi all'esistenza di principî generali di diritto commerciale ossia di norme generali valevoli per *tutto e solo* il campo della materia commerciale, e crediamo altresì che il diritto commerciale, malgrado la sua innegabile frammentarietà, si presti ad uno studio organico e sistematico, e possa quindi la sua conoscenza dar luogo ad una scienza autonoma, la scienza del diritto commerciale. Crediamo, in conseguenza, alla *connessione*, non già alla *confusione*, fra scienza del diritto civile e scienza del diritto commerciale.

c) Meno stretti, ma non trascurabili, sono infine i rapporti della scienza del diritto commerciale con le scienze di *diritto pubblico*. Poichè anche il diritto pubblico regola, dal punto di vista dei rapporti fra lo Stato e i privati, il fenomeno del commercio, è chiaro che la scienza del diritto commerciale

(1) Vedi più innanzi, libro I, cap. II, § 13.
(2) Vedi su tutto ciò, libro I, cap. II, § 13.
(3) Vedi libro I, cap. II, § 13.

non può non riferirsi anche ai risultati delle scienze che studiano i varî rami del diritto pubblico.

I rapporti della scienza del diritto commerciale con quella del *diritto amministrativo* sono determinati dai frequenti contatti, che corrono tra le norme di diritto commerciale e quelle di diritto amministrativo. Lo Stato, nella sua funzione amministrativa, da un canto si occupa *di promuovere lo sviluppo del commercio*, creando istituti destinati a facilitare i rapporti commerciali fra privati (come le *borse*, le *fiere*, i *mercati*, i *musei commerciali*, i *punti franchi*, i *magazzini generali*), e a *tutelare gli interessi professionali dei commercianti* (come le *Camere di commercio* e i *Sindacati dei commercianti*), dall'altro si occupa di *prevenire i danni, che possono derivare all'ordine pubblico od all'igiene pubblica* dall'esercizio del commercio.

La scienza del diritto commerciale deve dunque riferirsi ai risultati di quella del diritto amministrativo sotto due punti di vista. Poichè l'attività commerciale si svolge in parte cospicua in quegli istituti, che lo Stato istituisce o sorveglia, è naturale che tutto ciò che riguarda la loro organizzazione debba essere noto a chi voglia studiare la disciplina giuridica delle operazioni che in essi si compiono. Inoltre è sommamente utile, per intendere la vera portata della tutela giuridica che lo Stato presta agli interessi privati nel campo dell'attività commerciale, il conoscere il modo con cui lo Stato considera il commercio dal punto di vista degli interessi generali.

Nè minore importanza hanno i rapporti tra la scienza del diritto commerciale e quella del *diritto penale*. Poichè lo Stato interviene con sanzioni penali a garantire la prudenza e la lealtà commerciale, lo studio delle norme penali, che tutelano questo vitale interesse della collettività, non può che riuscire sommamente utile a chi studia l'ordinamento giuridico dell'industria commerciale, dal punto di vista dei rapporti e degli interessi privati.

La scienza del diritto commerciale ha anche rapporti con quella del *diritto finanziario*. Il regime fiscale degli istituti commerciali è interessante a conoscersi, per il commercialista, sia per i riflessi di diritto privato che esso ha non di rado,

in quanto la violazione della legge fiscale ha spesso per effetto sanzioni di diritto privato, sia perchè le leggi finanziarie alcune volte colgono, anche prima delle leggi commerciali, i nuovi atteggiamenti dell'attività mercantile, e ne comprendono l'intima struttura, servendo così di guida all'interprete per definire la vera natura dei rapporti che il diritto commerciale vuol regolare.

La scienza del diritto commerciale ha infine rapporti con quella del *diritto internazionale*; mentre da un canto la conoscenza della disciplina giuridica dei rapporti commerciali nel diritto interno è assolutamente necessaria all'internazionalista, dall'altro la conoscenza della disciplina giuridica dei rapporti commerciali nel diritto internazionale è assai utile al commercialista, in quanto spetta al diritto internazionale lo stabilire i limiti e le condizioni dell'applicazione del diritto interno ai rapporti commerciali internazionali, e il determinare invece quando tali rapporti sono regolati da norme diverse da quelle regolanti i rapporti commerciali interni.

d) Un cenno particolare merita, in ultimo, la determinazione dei rapporti fra la scienza del diritto commerciale e quella del *diritto processuale*.

Questi rapporti non consistono solo nella consueta e importantissima connessione, che vi è sempre fra diritto materiale e diritto processuale, in quanto che gli interessi, di cui il diritto materiale stabilisce la tutela, trovano, poi nel diritto processuale i mezzi per la loro effettiva realizzazione ad opera dello Stato; donde l'influenza continua che esercita il diritto materiale sul processo e il processo sul diritto materiale. Per il diritto commerciale vi è qualche cosa di più, derivante dal fatto che il diritto commerciale, se, prevalentemente, è diritto privato materiale, contiene anche moltissime norme di diritto processuale. Basta ricordare tutte le disposizioni sul fallimento, che sono quasi esclusivamente norme di carattere processuale, e costituiscono l'intero libro terzo del codice di commercio, e molte delle norme del libro quarto, destinate a regolare l'esercizio delle azioni commerciali. Orbene, sotto questo punto di vista, i rapporti fra diritto commerciale e diritto processuale civile sono analoghi a quelli che corrono tra diritto commerciale e diritto civile; il diritto

processuale civile è, di fronte a queste norme del diritto commerciale, da considerare come diritto comune. E perciò la scienza del diritto processuale civile fornisce a quella del diritto commerciale i capisaldi e i principî fondamentali. Così, ad es., è impossibile studiare scientificamente l'istituto del fallimento, senza conoscere la dottrina dell'esecuzione forzata nel diritto processuale, di cui la teorica del fallimento non è, in sostanza, che un importante capitolo.

§ 7. Il metodo nella scienza del diritto commerciale.

SOMMARIO: 18. Importanza delle ricerche tecniche, economiche, storiche, comparative, esegetiche e sistematiche.

18. In pochi campi del diritto il problema del metodo si presenta così interessante come nel campo del diritto commerciale. La singolare natura e la caratteristica posizione del diritto commerciale nel sistema rendono particolarmente complesse e ricche di nuovi aspetti tutte le questioni concernenti le fonti e i procedimenti della conoscenza del diritto.

Lo studio scientifico del diritto commerciale implica quattro ordini di ricerche:

1° lo studio *tecnico ed economico* dei rapporti sociali regolati dal diritto commerciale;

2° lo studio *storico-comparativo* dello svolgimento dei varî atteggiamenti degli istituti di diritto commerciale nel tempo e nello spazio;

3° lo studio *esegetico* delle norme del diritto commerciale positivo italiano;

4° lo studio *sistematico* dei principî del diritto commerciale italiano, del loro coordinamento con le norme e i principî generali del diritto civile e coi principî generali di tutto il diritto positivo italiano.

A) *Ricerca tecnica ed economica.* — Le particolari esigenze che per lo studio del diritto commerciale derivano dalla particolare natura del suo contenuto, ossia dei rapporti sociali che esso regola, sono state messe in rilievo particolarmente dal VIVANTE. A questo scrittore deve riconoscersi il merito

di aver formulato con precisione e seguìto con fedeltà il precetto, che pone a base di ogni trattazione giuridica nel campo del diritto commerciale lo studio della struttura economica e tecnica degli istituti. Non già, intendiamoci, che una esigenza analoga non esista per tutti i rami delle discipline giuridiche. Il diritto è norma di condotta, e non è possibile conoscere la norma, se non si conoscono i rapporti da essa regolati. Ma questa conoscenza del contenuto sostanziale delle norme giuridiche è, in alcuni campi del diritto, più facile, in altri meno; e diventa particolarmente difficile nel campo del diritto commerciale, che regola fatti e rapporti di natura così speciale, così poco noti alla grandissima maggioranza, di un tecnicismo così complesso, da trascendere l'esperienza comune e da richiedere uno studio apposito e approfondito. I fatti della vita sociale, di solito, accadono quotidianamente sotto i nostri occhi, e di essi ciascuno di noi ha una sufficiente conoscenza diretta; i rapporti di famiglia, le successioni, le forme più comuni dello scambio economico, vendita, locazione, permuta, sono rapporti ben conosciuti da tutti, perchè al loro svolgimento tutti, si può dire, partecipano di persona. Uno studio particolare del rapporto sociale, utile certamente anche in questi casi, non è dunque di assoluta, imprescindibile necessità. Ben altrimenti nel campo del diritto commerciale. I rapporti della vita commerciale sono, di regola, ignorati dai non commercianti, e anche il commerciante di essi conosce quel tanto, che rientra nell'àmbito della propria specifica attività professionale. Il meccanismo delle operazioni di banca e di borsa, le forme svariatissime delle vendite commerciali, il funzionamento delle società di commercio, la struttura delle imprese di assicurazione, le operazioni dei magazzini generali, i trasporti marittimi e via dicendo, sono rapporti di una tecnica tutta speciale, che richiedono la conoscenza diretta del pratico, e l'osservazione dello studioso. Perfino alcuni rapporti, regolati bensì dal diritto commerciale, ma che trascendono l'attività professionale del commerciante e appartengono all'attività normale di ogni cittadino, come la cambiale, lo *chèque*, il trasporto per ferrovia, sono, nel loro funzionamento pratico, ignorati dai più. Vi sono molte persone colte che professano di ignorare

il meccanismo del credito cambiario, o che non hanno mai veduto uno *chèque*, o che non sanno che sia un trasporto cumulativo. A tutto ciò si aggiunga che i progressi dell'attività produttrice modificano incessantemente i rapporti regolati dal diritto commerciale, e dànno loro nuove forme e nuovi atteggiamenti, che occorre seguire con assiduo lavoro. Quello che era ieri il contenuto di una norma di diritto commerciale, può non esserlo oggi; ecco perchè è pericoloso far questo studio sui libri ed è molto più sicuro affidarsi all'osservazione diretta dei fatti. La scienza del diritto commerciale è veramente, sotto questo punto di vista, una scienza di osservazione (1).

Ma anche qui non bisogna esagerare. Non si deve credere che con questa indagine sulla realtà dei fenomeni economici regolati dal diritto commerciale, sia esaurito il còmpito del commercialista. La scienza del diritto commerciale non è una scienza economica o tecnica, ma una scienza *giuridica;* il suo obbietto principale e diretto non è lo studio delle leggi economiche, che regolano il fenomeno del commercio, e tanto meno lo studio dei mezzi più adatti per l'esercizio professionale dell'attività mercantile; il suo oggetto è invece appunto lo studio del diritto commerciale. Ora quella ricerca dei fatti, seducente quanto si vuole, feconda quant'altra mai, rimane sempre, per lo studio del diritto commerciale, una ricerca preliminare, una fase preparatoria; studiare il diritto commerciale vuol dire studiare le norme giuridiche, che regolano la materia

---

(1) È, dunque, giusto e degno di esser meditato il mònito che il VIVANTE rivolge agli studiosi del diritto commerciale: « Non si avventurino mai ad alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto, che è l'oggetto dei loro studî. Raccolgano nelle borse, nelle banche, nelle agenzie, nelle società commerciali, nelle cancellerie giudiziarie, il materiale necessario per intendere quella struttura e quelle funzioni. È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica, senza conoscerlo a fondo nella sua realtà ». Vedi VIVANTE, *Trattato*, Prefazione alla I^{a} ed., pag. XIII-XIV. Vedi anche Prefazione alla 5^{a} ed., pag. IX-X. Sulla necessità di queste ricerche, sebbene partendo da altri e non accettabili punti di vista, come l'esistenza di un *diritto naturale*, che si desumerebbe dalla *natura dei fatti*, vedi GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, 2^{a} ed., I, pag. 301 e seg.

di commercio, ed è vano sperare che la conoscenza tecnica dei rapporti commerciali dia, per sè sola, la conoscenza del sistema giuridico che li governa. Questo scopo non si consegue, se non mediante un'altra serie di indagini, di natura strettamente giuridica, che verremo ora brevemente ricordando.

B) *Ricerca storico-comparativa*. — L'indagine storica, mediante la quale si ricerca l'origine e si segue la evoluzione degli istituti giuridici di un determinato popolo *nel tempo*, lo studio del *diritto comparato*, mediante il quale si studiano i varî atteggiamenti degli istituti giuridici presso i varî popoli, infine l'indagine *storico-comparativa*, mediante la quale si studia l'evoluzione degli istituti giuridici nei varî tempi e presso i varî popoli, rappresentano un complesso di ricerche indispensabili per lo studio del diritto commerciale vigente. Aggiungiamo che forse per nessun altro ramo del diritto, l'uso del metodo storico-comparativo è più interessante e proficuo. La rapidità stessa, con cui il diritto commerciale si forma e si evolve, rende più necessario il seguire le successive evoluzioni, attraverso le quali esso è passato per giungere sino a noi. La sua universalità, dipendente dal moltiplicarsi delle relazioni commerciali tra i popoli, rende più immediatamente utile lo studio degli istituti di diritto commerciale presso le altre nazioni. Lo sviluppo del commercio internazionale, mentre da un canto rende più sensibili e perturbatorî i contrasti e i conflitti tra le varie legislazioni, dall'altro canto creando esigenze simili e condizioni sociali analoghe presso i varî popoli, determina la formazione di norme giuridiche somiglianti. Ambedue queste cause influiscono a creare presso i varî popoli un *diritto uniforme* dei traffici: così è avvenuto, ad esempio, per la materia cambiaria, nella quale le legislazioni tedesca, austriaca e ungherese, svizzera, italiana, russa, danese, norvegese, svedese, giapponese in sostanza coincidono. Questa uniformità, mentre rende possibile e forse prepara la *unificazione del diritto commerciale* (1), rende lo studio del

---

(1) Se ne vedono già i segni precursori nei lavori per la unificazione del diritto cambiario; vedi sui risultati delle conferenze internazionali tenute all'Aja, a questo scopo: BUZZATI, *Conferenza dell'Aja sul diritto cambiario*, in *Riv. di dir. comm.*, 1910, I, pag. 533 e seg., e 1911, I, pag. 1 e seg.;

diritto comparato e della dottrina e giurisprudenza comparate di utilità immediata per l'interpretazione del diritto commerciale interno (1).

C) *Ricerca esegetica.* — Questa ricerca ha per iscopo di determinare la vera portata ed estensione della dichiarazione di volontà contenuta nei *singoli testi di legge*. L'esegesi ha di mira la *singola norma legislativa*, sia mediante l'interpretazione *grammaticale*, sia mediante l'interpretazione *logica* del testo. Essa rappresenta la prima e più semplice forma d'interpretazione: ha per oggetto unicamente la *legge;* e la legge stessa considera nelle sue *singole disposizioni*, non già in

---

VIVANTE, *Il diritto cambiario alla conferenza dell'Aja*, in *Riv. di dir. civ.*, 1910, pag. 694 e seg. Il testo del progetto preliminare formulato, per incarico dei delegati dei varî Stati, dai signori LYON CAEN e SIMONS si può vederlo pubblicato nella *Riv. di dir. comm.*, 1910, I, pag. 588 e seg. Il testo definitivo del progetto di legge cambiaria uniforme, approvato dalla conferenza dell'Aja nel 1912, può leggersi anche nella *Riv. di dir. comm.*, 1912, I, pag. 725, con note illustrative dello SRAFFA. Più proficui di risultati concreti sono stati i lavori per l'unificazione nel campo del diritto marittimo, per opera principalmente del Comitato marittimo internazionale, fondato in Anversa nel 1897 da FRANK e da LE JEUNE. In una serie di conferenze, interrotta soltanto nel periodo della guerra europea, il Comitato predispose parecchi schemi di convenzioni internazionali su varî punti. Talune di queste convenzioni, approvate poi nelle conferenze diplomatiche tenute a Bruxelles, furono firmate dagli Stati interessati. Così quelle del 23 settembre 1910, sull'urto di navi e sull'assistenza e salvamento marittimi, approvate in Italia con legge 12 giugno 1913, n. 606. Altre convenzioni sulla responsabilità di proprietari di nave, sui privilegî e sulle ipoteche marittimi, sull'unificazione di alcune regole in materia di polizza di carico furono pure approvate dalla conferenza diplomatica di Bruxelles e raccolsero le firme di numerosi Stati. Sull'ultima conferenza del Comitato marittimo tenutasi a Bruxelles nell'aprile 1926 vedi *Riv. di dir. comm.*, 1926, I, pag. 221. Sulle difficoltà dell'unificazione vedi ROCCO, nella stessa *Rivista*, 1926, I, pag. 486.

(1) Sull'uso del metodo storico nello studio del diritto commerciale, vedi specialmente la interessante polemica sostenuta dal GOLDSCHMIDT contro il THÖL nei seguenti scritti: *Zeitschrift f. das gesammte Handelsrecht*, I, pag. 24, XXVI, pag. 606-613, XXVIII, pag. 441-456; *Handbuch des Handelsrechts*, vol. I: *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3ª ed., Stuttgart 1891, pag. 40 e 41. Vedi anche la risposta del THÖL, nelle sue *Handelsrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart 1882, pag. 40. Sull'uso del diritto comparato, vedi SALEILLES, *Contribution à l'étude des méthodes juridiques*, in *Annales de droit commercial*, 1891, pag. 217 e seg.

rapporto a tutto il complesso sistematico del diritto, e inoltre nelle sole *norme espresse*, senza tener conto di quelle implicitamente contenute nel sistema. È una forma semplice e, se vuolsi, anche umile di interpretazione, sebbene in mano a giuristi di grande valore, come taluni commentatori francesi del codice Napoleone, abbia dato risultati meravigliosi. Ma certamente essa costituisce un'indagine indispensabile per elevarsi poi a forme più complesse e più ardite di interpretazione. Lo studio delle singole norme di legge è invero preliminare ad ogni altro per due ragioni: perchè l'esame del testo è sufficiente a risolvere la controversia, tutte le volte che non vi è, nella legge, una vera *lacuna*, e perchè non si può ricorrere agli strumenti più delicati della interpretazione giuridica, se questa non si appoggia su testi, il cui contenuto sia stato ben chiaramente determinato (1).

D) Ricerca sistematica o dogmatica. — Chiamiamo ricerca sistematica o dogmatica quella che si propone di colmare le *lacune* della legge, desumendo, mediante il processo della estensione analogica, dalle norme scritte altre norme più generali non scritte, e stabilendo così principî e regole generali, sia ad una data materia, sia ad un dato ramo del diritto, sia anche a tutti i campi del diritto (2). Ora questa ricerca ha un'importanza grandissima, starei per dire, preponderante, nel campo del diritto commerciale. Lasciando da parte le norme di diritto commerciale, che solo occasionalmente sono scritte nel codice di commercio, ma che sono sviluppo di principî già contenuti nel diritto civile, poche di necessità

(1) Sull'uso del metodo esegetico da parte dei commentatori francesi del codice Napoleone, vedi Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899, pag. 23 e seg.; quanto è scritto in questo libro dei civilisti, si può ripetere dei commercialisti francesi appartenenti alla seconda metà del secolo XIX. In Italia il più eminente rappresentante di questo metodo, nel campo del diritto commerciale, rimane il Manara. Di lui vedi specialmente lo scritto: *Sull'odierna importanza del diritto commerciale e sul metodo per istudiarlo*, estratto dal *Circolo giuridico*, Palermo 1885, nonchè il volume su *Gli atti di commercio*, Prefazione.

(2) Questa ricerca si chiama *sistematica* o *dogmatica*, in quanto intende a ricostruire tutto il *sistema* del diritto vigente e a dare i principî generali e fondamentali (dogmi) che lo informano.

e frammentarie, le norme che possono dirsi più propriamente *commerciali*, in quanto regolano la sola materia di commercio, per la stessa loro natura, non contengono che una *parziale* regolamentazione dei rapporti privati commerciali. Li regolano cioè come rapporti *commerciali* e non come rapporti *privati*. Del resto, questo carattere frammentario del diritto commerciale è apertamente riconosciuto dalla legge. L'art. 1º codice di commercio confessa che il diritto commerciale scritto e quello consuetudinario sono incompleti, e non contengono tutta la disciplina giuridica dei rapporti commerciali; anzi esso prevede questa ipotesi come normale e determina il modo con cui si deve provvedervi: « In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. *Ove queste non dispongano* si osservano gli usi mercantili..... *In mancanza*, si applica il diritto civile ». Si vede da ciò qual larga parte sia fatta alla ricerca dogmatica, nel campo del diritto commerciale. Un primo còmpito del commercialista infatti, dopo esaurita l'interpretazione grammaticale e logica delle singole disposizioni delle leggi commerciali, è quello di desumere, mediante il processo di generalizzazione proprio dell'analogia, dal complesso delle leggi e delle consuetudini commerciali, quanti più principî e regole generali è possibile, di carattere specificatamente commerciale (1). Ma con ciò non si provvede ancora, come si è visto, alla disciplina di tutti i rapporti commerciali; occorre ricorrere al diritto civile. Questo secondo còmpito è più arduo, perchè il commercialista deve non solo assumere la veste del civilista, ma ha spesso bisogno di andare più in là di quanto non andrebbe lo stesso civilista. È infatti molto frequente il caso che, di fronte a rapporti nuovi e in continua trasformazione, come i rapporti commerciali, le norme espresse del diritto civile si palesino insufficienti, e sia necessario, col processo di generalizzazione inerente alla estensione analogica, spingersi più in là di quanto occorra per regolare i più semplici e più stabili rapporti della vita civile. La legge civile è certamente, rispetto alla materia com-

---

(1) Sulla possibilità di desumere per analogia, dalle leggi e dalle consuetudini commerciali, norme più generali e financo principî generali di diritto commerciale, vedi più oltre, § 13.

merciale, più insufficiente e più incompleta di quello che non sia di fronte alla materia propriamente civile, per un doppio motivo; perchè non contiene una regolamentazione apposita dei rapporti commerciali, e perchè col rapido trasformarsi della vita commerciale, essa costituisce, per la materia di commercio, una legislazione comparativamente assai più vecchia ed arretrata. Non si pecca di irriverenza verso l'opera veramente insigne della nostra codificazione civile, dicendo che il codice civile del 1865 rispecchia condizioni di vita quasi arcaiche rispetto allo stato odierno del commercio e dell'industria in Italia. Ora, quanto più grande è il distacco tra le norme scritte e i rapporti che esse debbono regolare, tanto meno stretta diviene l'analogia tra i casi regolati e i nuovi da regolare, e tanto più necessario diventa allargare l'indagine, fino a trovare principî e regole così generali, da servire anche per i casi non regolati. E questa progressiva generalizzazione, in una materia così nuova come la materia commerciale, può perfino condurre fuori del campo stesso del diritto civile, a desumere principî generalissimi da norme scritte per altri campi del diritto. Il commercialista dunque deve, mediante un paziente lavorio di induzione, guadagnare concetti e norme generali, non solo nel campo del diritto commerciale propriamente detto, ma anche in quello del diritto civile e giungere perfino alla determinazione di principî generalissimi, comuni a tutto il sistema del diritto. Solo mediante questo lavorio d'induzione e di generalizzazione gli sarà possibile di regolare, mediante norme tratte dal diritto costituito, la infinita varietà dei casi, a cui dà luogo la multiforme e sempre diversa attività dei traffici (1).

I quattro ordini di ricerche, che abbiamo così sommariamente descritti, forniscono gli elementi necessari non solo allo studio del *diritto commerciale positivo vigente*, che costituisce l'oggetto principale della scienza del diritto commerciale, ma anche allo studio delle *riforme* da apportarsi al diritto costituito, studio che pure fa parte del còmpito del

(1) Sul procedimento di generalizzazione proprio della estensione analogica, vedi quanto diremo più innanzi, a proposito della *interpretazione* del diritto commerciale (§ 13).

commercialista. Invero, mentre l'indagine *esegetica* e quella *dogmatica*, dando la conoscenza completa del diritto vigente, permettono di scoprirne le varie deficienze, la ricerca *tecnica ed economica* ci mostra le esigenze che la natura dei rapporti commerciali pone al diritto, e l'indagine *storico-comparativa* ci addita il modo, con cui a tali esigenze fu provveduto da altre legislazioni.

In complesso ambedue i còmpiti della scienza del diritto commerciale, la conoscenza del diritto vigente e la preparazione del diritto futuro, non possono adempiersi, che mediante le quattro specie di ricerche sopra enumerate.

§ 8. Partizione della scienza del diritto commerciale.

Sommario: 19. Partizioni usate abitualmente. Critica di esse. Partizione che si adotta.

19. Del diritto commerciale abbiamo, come suole accadere per ogni scienza, diverse partizioni. Quella più in voga in Francia corrisponde sostanzialmente alla partizione della materia adottata dal codice di commercio: essa divide il diritto commerciale in quattro parti: una *parte generale* in cui si tratta delle fonti, degli atti di commercio, dei commercianti, delle società commerciali, delle obbligazioni e dei contratti commerciali, sia in generale, sia in particolare; una seconda parte dedicata al *diritto marittimo;* una terza al *fallimento;* una quarta alle *azioni commerciali* e alla *procedura commerciale.*

In Germania si suol distinguere il *diritto commerciale propriamente detto* dal *diritto marittimo* e dal *diritto cambiario.* Il fallimento essendo in Germania istituto comune ai commercianti e ai non commercianti, è considerato come parte, sebbene autonoma, del diritto processuale civile, sotto il nome di diritto concorsuale.

In Italia è per molti anni prevalsa la ripartizione adottata dalla dottrina francese, ma di recente si è delineata la tendenza a seguire piuttosto il sistema tedesco, escludendo dalla trattazione del diritto commerciale propriamente detto

il diritto marittimo e il fallimento (1) o il solo diritto marittimo (2).

Quanto alla partizione del diritto commerciale in senso stretto, in sostanza, si può dire che prevalga una distinzione della materia, che corrisponde alla classica distinzione romana: *persone, cose, obbligazioni* (3).

Una critica esauriente di queste varie partizioni sarebbe qui fuori di posto. La distinzione tradizionale corrispondente all'ordine seguìto dal codice non ha certo carattere scientifico. Ma non ci sembra che risponda neppure ad un esatto concetto scientifico la partizione che esclude dalla esposizione del diritto commerciale materie che, almeno in Italia, non solo sono regolate dal codice di commercio, ma sono obbiettivamente commerciali, come il fallimento, istituto proprio dei commercianti, e il diritto marittimo, che regola un ramo importantissimo del traffico mercantile. Escludere l'uno o l'altro o ambedue dalla trattazione del diritto commerciale, perchè lo studio del fallimento appartiene alla procedura, e quello del diritto marittimo al diritto amministrativo, dovrebbe condurre per logica conseguenza a incorporare la trattazione del diritto commerciale, in senso stretto, in quella del diritto civile. In verità, se si ammette l'opportunità di uno studio separato del diritto commerciale, non si può non comprendervi tutte le dottrine che tradizionalmente ne fanno parte e che, in sostanza, versano su un complesso di norme giuridiche regolanti materie obiettivamente commerciali. Quanto poi alla tripartizione in *persone, cose, obbligazioni*, notiamo che si tratta di una distinzione già molto usata dai civilisti, ma giustamente oramai abbandonata; non è infatti molto corretto, dal punto di vista logico e sistematico, contrapporre

---

(1) Il *Trattato di diritto commerciale* del Vivante non comprende infatti nè il diritto marittimo, nè il fallimento.

(2) Così il *Trattato elementare* e il *Trattato teorico-pratico* del Navarrini. Il diritto marittimo è escluso anche dal *Traité élémentaire de droit commercial* del Thaller, il che prova come anche in Francia si sia fatta sentire l'influenza della partizione tedesca.

(3) Questa distinzione è adottata dal Franchi, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1890-1896; dal Marghieri, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli 1907, e dal Vivante, *Trattato*, 2ª ed. e successive.

le obbligazioni, che sono una *particolare* categoria di rapporti giuridici, alle persone e alle cose, che sono *elementi* dei rapporti giuridici; e a proposito degli *elementi*, che sono comuni a tutti i rapporti, parlare di due altre categorie particolari di rapporti, come i diritti personalissimi e i diritti reali. Io credo che, data la natura del diritto commerciale, e la sua posizione di fronte al diritto civile, non vi sia da far altro che adottare, per la scienza del diritto commerciale, la stessa partizione che dai pandettisti in poi è oramai diventata comune nel campo del diritto civile. Se il diritto commerciale è diritto privato, e diritto speciale o eccezionale, è chiaro deve esserci perfetto parallelismo tra la sistemazione del diritto privato comune o civile e quella del diritto commerciale. E come nel diritto civile vi è una parte generale e una parte speciale, la prima delle quali tratta del diritto obiettivo e dei rapporti giuridici *in generale*, mentre la seconda si occupa dei singoli rapporti giuridici, così nel diritto commerciale, premessa una *introduzione*, in cui si discorra della *scienza del diritto commerciale*, del suo oggetto, dei suoi uffici, e del suo metodo, si deve trattare del diritto commerciale obiettivo in generale e dei rapporti di diritto commerciale pure in generale, per passare poi, nella parte speciale, alle singole categorie di rapporti giuridici. Ecco pertanto schematicamente la partizione della scienza del diritto commerciale che noi adottiamo.

PARTE GENERALE:

A) *Introduzione: La scienza del diritto commerciale* (nozione, oggetto, metodo).

B) *Il diritto commerciale obiettivo* (partizione, fonti, interpretazione, contenuto).

C) *I rapporti giuridici commerciali in generale:*

a) natura e specie (diritti della personalità, diritti reali, diritti di obbligazione);

b) elementi:

α) subietti (persone fisiche e persone giuridiche);

β) obietti o cose (distinzione delle cose; varie specie di cose; cose mobili e immobili; fungibili e infungibili; semplici e composte; aventi un valore in sè e rappresentanti un valore);

c) nascita, modificazione ed estinzione (fatti ed atti giuridici commerciali):

α) fatti giuridici volontari (atti giuridici commerciali);

αα) atti leciti. Teoria dei negozi giuridici commerciali;

ββ) atti illeciti;

β) fatti giuridici non volontari: in ispecie, il decorso del tempo. Teoria della prescrizione;

d) *realizzazione dei diritti.*

PARTE SPECIALE:

A) *Il diritto delle persone:*

a) lo stato del commerciante. Diritti ed obblighi personali dei commercianti;

b) le persone fisiche commercianti;

c) le società commerciali.

B) *I diritti reali:*

a) la proprietà;

b) il possesso;

c) i diritti reali di garanzia.

C) *I diritti di obbligazione:*

a) le obbligazioni commerciali in generale. I principî speciali delle obbligazioni commerciali;

b) le obbligazioni derivanti da negozi giuridici unilaterali: in ispecie dalla emissione di un titolo di credito; la cambiale;

c) le obbligazioni derivanti da contratti:

α) contratti del commercio terrestre (vendita, trasporto, assicurazione, deposito, pegno, conto corrente, operazioni di borsa e di banca, mandato, ecc.);

β) contratti del commercio marittimo (vendita di navi, pegno sulle navi, costruzione di navi, arruolamento, noleggio, assicurazione, prestito a cambio marittimo, ecc.);

d) le obbligazioni derivanti da atti illeciti;

e) le obbligazioni derivanti da altri fatti giuridici;

f) la realizzazione delle obbligazioni. Il fallimento. I privilegi.

Oggetto del presente volume è l'esposizione della *Parte generale.*

§ 9. Letteratura scientifica del diritto commerciale.

20. I) Verso la prima metà del secolo XIX il predominio scientifico legislativo e giurisprudenziale nel campo del diritto commerciale spettava indubbiamente alla Francia. Già accennammo alla grande diffusione del *Code de commerce* del 1807, penetrato, o nella sua forma originale o in riproduzioni che poco se ne discostano, in quasi tutta l'Europa e negli Stati dell'America meridionale. Non è già che esso fosse l'espressione di un pensiero giuridico originale. Al contrario, il diritto che esso sanzionava era, rispetto alla Francia, una creazione prevalentemente straniera, anzi, per essere più esatti, prevalentemente italiana. Come ben diceva uno dei più geniali commercialisti francesi, il FREMERY, nella storia del diritto commerciale, da qualunque punto si parta, sempre si arriva all'Italia. Ma le istituzioni e le regole elaborate nelle città italiane nel Medio Evo, e passate in Francia durante i secoli XV e XVI, trovarono nel codice di commercio napoleonico e nella fortuna delle armi e delle idee francesi il mezzo per fare la conquista del mondo.

Durante i primi cinquanta anni del secolo la elaborazione scientifica e pratica fu in Francia intensa e feconda. La giurisprudenza, mirabile per acume e senso pratico, aveva fornito materiali preziosi e formò la base di uno splendido movimento dottrinale. Mentre in Germania ferveva la disputa tra i seguaci della scuola storica e quelli della scuola filosofica, e dal contrasto il diritto commerciale attendeva ancora la spinta ad un rinnovamento fecondo, in Francia il metodo storico, l'esegetico e il dommatico saggiamente contemperati, avevano costruito su solide basi la scienza del diritto commerciale francese. Le fonti storiche del diritto commerciale

erano state esplorate con molto acume e diligenza dal PARDESSUS e dal FREMERY; il VINCENS aveva illuminato i principî giuridici con l'esperienza della vita commerciale; il MASSÉ aveva dato una robusta e profonda trattazione del diritto commerciale vigente, dal punto di vista dommatico e sistematico; il PARDESSUS aveva riassunto con brevità scultorea la dottrina commercialista contemporanea; il BRAVARD-VEYRIÈRES aveva con critica sottile e profonda rivedute e rinnovate tutte le dottrine dominanti nel campo del diritto dei traffici. Monografie, commentari, dizionari, riviste di giurisprudenza avevano accumulato un materiale vastissimo di studio e di ricerche. La scienza francese del diritto commerciale durante i primi cinquant'anni del secolo si era insomma signorilmente prodigata in tutti i campi, lasciando in taluni traccie non cancellabili. Per ciò che concerne, ad esempio, il diritto marittimo e il fallimento, esso non è neppur oggi invecchiata.

Non molto felici furono invece, durante quasi tutta la prima metà del secolo XIX, le condizioni degli studî commercialisti in Germania. Mancò non solo, fino alla redazione dell'ordinanza cambiaria del 1847, ogni tentativo di codificazione del diritto commerciale, ma anche uno sviluppo scientifico, che potesse anche lontanamente paragonarsi a quello del diritto privato civile o comune. In mezzo al moltiplicarsi di studî e di indagini, che la scuola storica aveva provocato in quasi tutti i campi del diritto, solo il diritto commerciale rimase negletto. Nella letteratura scientifica, il diritto commerciale non aveva trattazioni autonome, ma era esposto brevemente nei manuali di diritto civile. Nelle università esso era studiato come parte del diritto privato tedesco, in un corso di poche settimane.

La condizione delle cose era assai più grave in Italia, dove la scienza e l'insegnamento in tutto il campo del diritto privato erano, nella prima metà del secolo XIX, in una fase di profondo decadimento. Non mancarono, è vero, sprazzi di luce anche in tempo di decadenza; ma la continuità della nostra tradizione giuridica fu interrotta con la introduzione dei codici francesi e l'elaborazione nazionale del diritto privato ne rimase come paralizzata.

Non è perciò a meravigliare se pure gli studî di diritto commerciale, che avevano avuto in Italia periodi di vera floridezza, fossero ridotti a riproduzioni servili e non di rado sconnesse di mal digerite dottrine francesi. Imperando nelle varie parti d'Italia codici, che erano o traduzione o imitazione del *Code de commerce*, è ben naturale che la ricchissima e splendida giurisprudenza francese facesse testo e rendesse impossibile il sorgere di una scuola nazionale di diritto mercantile. Mentre il secolo XVIII si chiudeva coi nomi, ancor oggi ricordati con onore, di AZUNI, di DE JORIO, di BALDASSERONI, a partire dai primi anni del XIX secolo, fino al 1850, non incontriamo, se si eccettua forse il trattato del CESARINI, un solo scritto di diritto commerciale che valga oggidì la pena di un ricordo. Pochi, anche fra i competenti, conoscono in verità i nomi del REALE, dello ZUCADELLI, del SALVI, del CASTELLI, del CORTI, del DALLUSCHEK, del CASTELLANO, del PORTULA, di SASSI e MONTAGNINI, del PAROLETTI, di ALBERTAZZI e PRASCA, del BRONZINI, che tutti scrissero trattati, commenti e dizionari in materia di diritto commerciale, meritamente condannati all'oblio!

In queste condizioni si apre il periodo storico che vogliamo particolarmente considerare: predominante la scienza e la legislazione francese; bambina, ma prossima alla rinascita, la scienza tedesca del diritto commerciale; stremata e ancor lontana da ogni speranza di rifiorimento la già gloriosa dottrina commercialista italiana.

21. Come il periodo antecedente può dunque giustamente chiamarsi il periodo francese, questo di cui parliamo deve invece intitolarsi dalla Germania.

La Germania era, per varie ragioni[1], molto ben preparata ad un rigoglioso sviluppo del diritto commerciale. La rinascita degli studî giuridici, dovuta, in ispecial modo, ai seguaci della scuola storica, doveva necessariamente riflettersi sugli studî di diritto commerciale. La scienza giuridica tedesca, che nel campo del diritto privato contava già nomi come quelli del SAVIGNY, del PUCHTA, dell'HUGO, del MITTERMAYER, del BESELER, non poteva non rivolgere la sua attenzione al campo fino allora trascurato, ma pur così pro-

mettente, del diritto commerciale. D'altro canto necessità pratiche di primo ordine ve la spingevano; il commercio tedesco si sviluppava gagliardamente e richiamava su di sè l'attenzione dei legislatori e dei giuristi. La nuova êra del diritto commerciale germanico si iniziò adunque vigorosamente tra il 1840 e il 1850. Il fatto più importante e significativo di questo periodo fu indubbiamente l'elaborazione e la pubblicazione della legge cambiaria del 1847; opera legislativa mirabile per la perfezione tecnica e importante per il significato politico, in quanto, in tempo di divisione politica, affermava solennemente l'unità del pensiero giuridico tedesco. Di essa può dirsi, che ebbe una fortuna superiore a quella dello stesso codice di commercio francese; lentamente, ma sicuramente, il sistema cambiario tedesco ha fatto il giro del mondo, e ancora di recente trionfava alla Conferenza dell'Aja, che elaborando un disegno di legge cambiario uniforme, riprodusse nelle sue linee fondamentali appunto i principî dell'ordinanza germanica del 1847.

Mentre la legislazione commerciale germanica elevava a sè medesima un monumento così cospicuo, anche la scienza tedesca del diritto commerciale si andava costituendo, per merito specialmente di Enrico Thöl. Come abbia potuto il Thöl così d'un tratto dalle frammentarie, incidentali e brevi esposizioni che precedettero la sua, passare alla creazione di un corpo organico di dottrina quale è contenuto nel suo *Trattato di diritto commerciale*, il cui primo volume risale al 1841, è cosa che reca ancor oggi meraviglia, e solo può spiegarsi considerando lo sviluppo notevole, a cui la scienza tedesca aveva condotto lo studio della storia e del sistema del diritto delle pandette. Il Thöl creò infatti quasi dal nulla il diritto commerciale tedesco, fondandolo su basi essenzialmente romanistiche; con una logica rigorosa seppe desumere da quel millenario corpo di dottrine giuridiche i principî atti a governare i novissimi atteggiamenti del movimento commerciale.

Questo procedimento non andò esente da critica, ma era, in realtà, l'unico con cui si potesse operare in quel momento. Mancando la solida base di una legislazione recente, era ben naturale e necessario lo sforzo di utilizzare il diritto romano

per adattarlo alla disciplina giuridica dei nuovi rapporti sôrti dal traffico. Si rimproverò il Thöl di aver trascurato l'indagine storica, e di non aver tenuto conto a sufficienza dei fattori economici nella ricostruzione del diritto commerciale vigente. Orbene, la censura, che fu mossa prima di tutto dal grande emulo del Thöl, il Goldschmidt, e che venne poi da altri ripetuta, non mi pare che colpisca giusto. La ricerca storica è utile e necessaria quando si tratta di interpretare norme giuridiche che sono frutto di una lunga evoluzione, mentre non era questo il caso del Thöl. Il quale, più che interpretare norme giuridiche esistenti, doveva creare una disciplina giuridica nuova per una serie di rapporti che il diritto romano, allora vigente, non conosceva e non regolava. Utilissimo era certamente, invece, lo studio della natura obbiettiva dei rapporti, di cui si trattava di fissare la disciplina giuridica. Ma il Thöl non disconobbe mai l'importanza di una tale indagine tecnica ed economica sulla natura dei rapporti da regolare, solo affermò che essa era il presupposto e non l'oggetto diretto della ricerca giuridica. Ed il risultato dell'opera sua dimostrò che egli aveva seguìto la via giusta. Al Thöl infatti, non solo fu riconosciuto il merito di aver fondata la scienza tedesca del diritto commerciale, ma anche quello di aver costruito un corpo così solido di dottrine giuridiche da potere, sino alla promulgazione del codice generale di commercio germanico, tener quasi luogo di legge. E sulla stessa elaborazione del codice, di cui l'opera del Thöl fu come una preparazione, il dotto commercialista esercitò un influsso decisivo.

Mentre il Thöl, maturo d'anni e di dottrina, benemerito della scienza e della pratica, era salutato principe dei commercialisti tedeschi, un giovanissimo docente dell'Università di Heidelberg, Levin Goldschmidt, fondava una rivista di diritto commerciale, poi divenuta celebre, ponendosi risolutamente contro l'indirizzo dominante, che faceva capo al Thöl. Contro la tendenza del Thöl di servirsi, per lo studio del diritto vigente, in modo principale, se non esclusivo, dell'elemento sistematico, e di mirare sopratutto alla ricerca dei principî direttivi, dogmi, del diritto positivo, il Goldschmidt affermò la necessità della ricostruzione delle suc-

cessive fasi di sviluppo degli istituti di diritto commerciale, contrapponendo al metodo « dell'isolamento dogmatico » del THÖL, il metodo « genetico » (1). Noi che osserviamo ormai da giudici imparziali e lontani il contrasto fra questi due scrittori eminenti, dobbiamo confessare che dei due il più vecchio, il THÖL, è proprio quello che ha una concezione più modernamente precisa della natura del diritto e del còmpito della scienza giuridica. Il THÖL infatti più e più volte insistè nel concetto che egli intende studiare ed esporre il diritto positivo, nient'altro che il diritto positivo, e che a nessun'altra specie di diritto egli riconosce validità, all'infuori del diritto positivo. Il GOLDSCHMIDT, al contrario, crede a un diritto derivante dall'intima natura delle cose e dei rapporti, uguale per tutti i tempi e per tutti i luoghi; di qui la necessità, per lui, di avere riguardo continuamente alla natura delle cose, che egli considera, al pari di qualche altro seguace della scuola storica, addirittura come fonte di diritto. Ogni diritto positivo, diceva egli, è l'espressione esteriore e il riconoscimento delle norme giuridiche naturali immanenti e proprie ai rapporti della vita di ogni tempo. E così, mentre il THÖL può porsi fra i precursori del positivismo giuridico, il GOLDSCHMIDT, come, del resto, varî altri seguaci della scuola storica, deve considerarsi, in sostanza, come un frutto tardivo della scuola del diritto naturale.

Ma, per quanto discutibili possano essere le premesse filosofiche della dottrina di GOLDSCHMIDT, bisogna affrettarsi a riconoscere le alte benemerenze di questo commercialista verso la scienza del diritto commerciale. L'averla indirizzata per la via della ricerca storica fu suo merito principalissimo: anzi, può dirsi che alla ricostruzione storica del diritto commerciale il GOLDSCHMIDT abbia dato il più e il meglio delle sue forze. Se poi il valore dei risultati, specialmente rispetto all'interpretazione e all'applicazione pratica del diritto, sia stata pari all'enorme sforzo compiuto, è questione che non può, forse, risolversi in senso affermativo. In verità non può negarsi che dal punto di vista dell'applicazione e

(1) Sulla polemica fra il THÖL e il GOLDSCHMIDT, v. le citazioni a pag. 86, nota 2.

dell'interpretazione, l'indagine storica sia, per il diritto commerciale, meno fruttuosa che per altri campi del diritto. In una materia, come quella regolata dal diritto commerciale, in continua trasformazione ed evoluzione, il numero delle regole e degli istituti di origine antichissima, il cui valore non possa essere apprezzato se non mediante una lunga indagine storica, è relativamente assai scarso; ed è ben naturale che le norme recenti, sôrte sotto la pressione di bisogni sôrti da poco, abbiano minor necessità dell'indagine storica per essere rettamente comprese ed applicate. Avviene infatti, nel campo del diritto commerciale, il fenomeno inverso di quel che avviene in altri campi del diritto, per es., nella procedura. Mentre qui si verifica con grande intensità e vastità il fenomeno della sopravvivenza di forme e di regole sôrte in altre epoche e per altri bisogni, nel campo del diritto commerciale questo fenomeno è assai più raro; le regole che non rispondono più alle esigenze della vita commerciale sono rapidamente eliminate, e se qualcuna ne resta tuttora nominalmente in vigore, la sua interpretazione non offre più alcun interesse, semplicemente perchè è inutile interpretare norme che non si applicano più. Tutto ciò, s'intende, non toglie il valore ideale e scientifico che è sempre connesso a qualunque indagine storica, e perciò anche a quella che si esercita nel campo del diritto commerciale. E sotto questo punto di vista il GOLDSCHMIDT rimane sempre il maestro insuperato e benemerito. Anche, del resto, fuori del campo storico, il GOLDSCHMIDT lavorò tanto e con tanta profondità da dover essere considerato come uno dei patriarchi della scienza tedesca di diritto commerciale.

Con la legge cambiaria del 1847, col codice di commercio del 1861, con la legge sui concorsi del 1877 che ebbe il merito di organizzare una rapida ed efficace procedura di fallimento, comune ai commercianti e ai non commercianti, la Germania era oramai in possesso di una legislazione commerciale profondamente elaborata. Or se a questo solido elemento di progresso giuridico si aggiunge una letteratura ricchissima, ed una giurisprudenza dotta e sagace, ben si comprendono le cause del predominio germanico nel campo del diritto commerciale durante la seconda metà del secolo XIX.

Non è possibile non ricordare, della numerosissima schiera dei commercialisti tedeschi, taluni di quelli a cui la scienza nostra deve più viva riconoscenza: KUNTZE, ENDEMANN, KOHLER, RIESSER, PAPPENHEIM, GIERKE, BEHREND, LEHMANN, GRÜNHUT. Per merito di questa letteratura intiere zone del diritto commerciale, che la legislazione e la dottrina francese avevano trascurato, trovarono un assetto giuridico soddisfacente: fu elaborata la teoria delle fonti, riveduta e sistemata quella degli atti di commercio; creata di sana pianta la dottrina dei titoli al portatore; rinnovata quella della cambiale: studiato il contratto di trasporto, l'assicurazione, il conto corrente; stabilito il concetto e messa in luce la teoria della rappresentanza, stabilito il momento in cui il contratto viene concluso e studiata la dottrina dei contratti fra assenti.

Questo fervore d'indagini si andò notevolmente attenuando dopo la promulgazione del codice civile germanico, avvenuta nel 1896. La codificazione civile ha segnato in Germania lo inizio della decadenza degli studi commercialistici. Questa coincidenza non è meramente fortuita, ma è prodotta da cause di cui non è difficile rendersi ragione. Fino alla pubblicazione del codice civile, allo sviluppo del diritto commerciale aveva singolarmente giovato il fatto che il codice di commercio era l'unico codice di diritto privato vigente in Germania: la codificazione commerciale avendo precorso quella civile, il codice di commercio era stato utilizzato per regolare talune materie non strettamente commerciali, e veniva continuamente sfruttato dalla dottrina civilistica per disciplinare quei nuovi rapporti civili, di fronte ai quali il diritto romano si rivelava insufficiente. Pubblicato il codice civile, si credette necessario spogliare il codice di commercio da tutto ciò che non fosse strettamente attinente al commercio. Ne venne fuori il codice di commercio riformato del 1897, in cui il diritto commerciale torna ad essere considerato il diritto dei commercianti, e tutta la disciplina giuridica dei rapporti commerciali viene ridotta a un numero ben più piccolo di norme di carattere professionale. Scemata così l'importanza pratica dello studio del diritto commerciale, gli studi commercialistici cominciarono a venir trascurati e tutta l'attenzione

dei giuristi tedeschi rimase ed è ancora concentrata sull'opera della codificazione civile. A ciò si aggiunga che anche nel campo del diritto civile la codificazione ha avuto l'effetto di abbassare il livello degli studî giuridici. Perduta la libertà di movimento e d'indagini che dava un diritto non codificato e sottoposto da secoli alla elaborazione dei giuristi, come il diritto romano, la scienza civilistica tedesca si è come smarrita, e dalle arditezze laboriose delle costruzioni dogmatiche è scesa al lavoro pedestre di una esegesi ruminatrice. Questa crisi del diritto civile si è ripercossa naturalmente sul diritto commerciale, ed ha aggravate le cause della decadenza degli studî commercialistici, che data oramai da oltre un ventennio.

Assai meno complessa ed importante è l'evoluzione del diritto commerciale in Francia in questo ultimo periodo. La splendida fioritura della prima metà del secolo subì una sosta nel decennio che seguì il 1850, dopo il quale incominciò la decadenza. Poco notevole diventa l'attività legislativa in questo periodo, poichè nè le leggi del 1867 e del 1893 sulle società, nè quella del 1887 sulle liquidazioni giudiziarie sono indice di un'attività legislativa originale e feconda. La dottrina poi, dopo aver dato alcuni commenti a trattati di qualche valore, come quelli dell'ALAUZET e del DELAMARRE e LEPOITVIN, ha continuato per lunghi anni e continua a riprodurre la letteratura più antica, senza curarsi di migliorarla. La scienza francese oramai vive sul patrimonio accumulato nella prima metà del secolo scorso. Il patrimonio era ricco: ma non v'è ricchezza che non si esaurisca quando la si consumi senza produrne della nuova! Ora in verità la Francia ha prodotto ben poco negli ultimi decenni nel campo del diritto commerciale; lo stesso trattato moderno più completo e riputato, quello di LYON CAEN et RENAULT, non è che una compilazione enciclopedica, diligente certo ed esatta, di quanto è stato scritto e giudicato in Francia in materia commerciale, ma non è opera che abbia alcun pregio di originalità. Tentativi per trovar nuove vie vi sono stati: basta ricordare i nomi del WAHL, del SALEILLES, del PIC, del LEVY-ULLMANN, e sopratutto del THALLER, al quale specialmente la scienza francese del diritto commerciale deve molta riconoscenza. Ma

appaiono sempre tentativi isolati di fronte alla gran massa delle compilazioni, che tornano a ripetere fino alla sazietà ciò che è già scritto in PARDESSUS o in VINCENS, in BRAVARD-VEYRIÈRES o in BESLAY, in MASSÉ o in ALAUZET.

22. Quanto all'Italia, le tristi condizioni, in cui versavano ancora gli studî di diritto commerciale verso la metà del secolo XIX e fino al conseguimento dell'unità politica, produssero, nel campo legislativo, conseguenze che non potevano evitarsi. Il primo codice di commercio del Regno di Italia, pubblicato nel 1865, sorse senza l'appoggio di una solida preparazione dottrinale e giurisprudenziale, e fu, in realtà, una mediocre revisione del codice albertino del 1842; il quale, a sua volta, riproduceva integralmente il codice napoleonico modificato dalla legge sui fallimenti del 1838. Su questo codice mediocre si formò una letteratura mediocre, ma alquanto superiore a quella meschinissima del periodo antecedente. Predominava ancora l'imitazione dei commentatori francesi, ma qua e là si andava iniziando lo studio sistematico del diritto commerciale, per opera specialmente di ERCOLE VIDARI che fu tra i primi ad iniziare il rinascimento degli studî di diritto commerciale.

In questo ambiente fu elaborato e discusso il nuovo codice di commercio del quale abbiamo già parlato (1). Solo dopo la pubblicazione di questo codice si iniziò il periodo di vero rinnovamento degli studî commercialistici in Italia. Due ordini di fatti vi influirono. Da una parte il miglioramento delle condizioni economiche del paese e il conseguente rifiorire dei traffici, che incominciato dapprima lentamente, dopo il 1870, ha proseguito con ritmo più accelerato dopo l'inizio del nuovo secolo. Dall'altra parte il risorgere degli studî giuridici, cominciato anche esso dopo il 1870, e specialmente del diritto romano. Dal diritto romano, come sempre accade, venne la luce. E quando gli studî di diritto romano, per opera specialmente di FILIPPO SERAFINI, di VITTORIO SCIALOJA e di CARLO FADDA, ebbero raggiunto un certo grado di sviluppo e di diffusione, la conoscenza del metodo rigoroso di esame

(1) V. sopra, pag. 28 e segg., 35 e segg.

e di indagine si propagò e produsse un vasto movimento di rinnovazione negli studî di diritto privato (1).

Anche nel campo del diritto commerciale, la scienza del diritto ebbe impulso vigoroso ed organico. Mentre il VIDARI compiva la pubblicazione del suo corso di diritto commerciale e ne moltiplicava le edizioni, mentre il SUPINO seguiva con assidua attenzione i lavori preparatorî del nuovo codice di commercio, mentre il MARGHIERI esponeva con semplicità e chiarezza l'organismo del nuovo diritto cambiario, e iniziava un'esposizione sistematica del diritto commerciale italiano, mentre il SACERDOTI, con articoli e piccole monografie, sperimentava in varî temi il suo robusto ingegno di giurista, nuove, promettenti energie accorrevano nel campo del diritto commerciale a recare un contributo gagliardo alla formazione di una scuola italiana. LUCIO PAPA D'AMICO si rivolge alla storia del diritto commerciale; LEONE BOLAFFIO — vigoroso ingegno — commenta sagacemente alcuni titoli del codice di commercio e in una moltitudine di monografie e note a sentenze illustra, con interpretazione spesso fortunata, i punti più controversi della nuova legislazione commerciale; ULISSE MANARA lavora con precisione di concetti giuridici nel campo quasi inesplorato del diritto ferroviario; LUIGI FRANCHI studia lo svolgimento del diritto commerciale, e tratta con acume importanti punti del diritto delle assicurazioni e del diritto industriale.

Ma lo scrittore, che della nuova scuola italiana riassume le caratteristiche più eminenti, che procedè, fin dall'inizio, sicuro, con piena coscienza del metodo, e per cui principalmente la scienza italiana del diritto commerciale assume una fisionomia propria ed autonoma, è CESARE VIVANTE. Fin dai primi scritti di diritto marittimo si afferma la personalità scientifica del VIVANTE, ma i frutti più maturi od organici di questa tempra singolare di giurista, sono la monografia in tre volumi sul contratto di assicurazione, ed il trattato di diritto commerciale, opera vasta ed originale di ricostruzione sistematica del diritto commerciale vigente. Se nel

---

(1) Vedi il mio scritto: *Gli studî di diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, sulla *Riv. di dir. comm.*, 1911, I, pag. 300.

Vivante non è la inflessibile logica giuridica del Thöl, nè l'ampiezza e profondità della cultura storica e romanistica del Goldschmidt, è in più alto grado la conoscenza della struttura tecnica e della funzione economica degli istituti di diritto commerciale, più squisito il senso delle esigenze pratiche del diritto. L'influsso esercitato dal Vivante nello svolgimento della scienza italiana del diritto commerciale, fu considerevole. Più direttamente sentirono l'influsso della mentalità eminente di Cesare Vivante coloro che egli ebbe effettivamente o spiritualmente suoi discepoli, cioè tutti quelli che dai suoi libri o dal suo insegnamento appresero il diritto commerciale. Al Vivante spiritualmente si ricollega Angelo Sraffa, che di quello ha, oltre il sentimento vivo della vita commerciale, la conoscenza della tecnica degli affari, e l'uno e l'altra sagacemente utilizza per la ricostruzione giuridica degli istituti, con la guida di un criterio sempre sicuro, e di una cultura attinta alle fonti più moderne.

Non posso chiudere questi brevi cenni, senza ricordare gli altri egregi che contribuirono e contribuiscono a tenere viva e fiorente la scuola italiana di diritto commerciale: Arnaldo Bruschettini, Umberto Navarrini, Alberto Vighi, ingegno robusto, troppo presto rapito alla scienza, Ageo Arcangeli, Antonio Scialoja, Alfredo De Gregorio e, fra i più giovani, Giuseppe Valeri, Alberto Asquini, Isidoro La Lumia.

E taccio degli altri molti valenti romanisti, civilisti, e storici, Pietro Bonfante, Gino Segrè, Luigi Tartufari, Leonardo Coviello, Giovanni Pacchioni, Silvio Perozzi, Francesco Schupfer, Arrigo Solmi, Francesco Brandileone, Ludovico Zdekauer, Alessandro Lattes, che così gagliardo contributo di forze hanno portato agli studi di diritto commerciale, allargando il campo della indagine e arricchendola di nuovi elementi dottrinali e storici. Oggi, si può dirlo senza esagerazione, la scuola italiana di diritto commerciale si afferma con caratteri proprî di fronte alle scuole straniere; in confronto della francese, essa si distingue per una maggior cura del sistema, per una più profonda analisi dei concetti giuridici, per una tendenza più precisa alla

costruzione organica degli istituti; di fronte alla scienza tedesca, essa ha il merito di uno studio più accurato dei fatti, di un sentimento più vivo della realtà dei rapporti sociali, di una maggiore lucidezza nella concezione e nella esposizione.

In questo campo la scienza non ufficiale ha dato una delle più complete figure di giurista dell'Italia contemporanea, che ha lasciato davvero un'orma non cancellabile in questo ordine di studî: Gustavo Bonelli, da poco scomparso. Al Bonelli spetta il merito di aver affermato e propugnato, con risultati sotto ogni aspetto eccellenti, la necessità di un indirizzo più strettamente sistematico nello studio del diritto commerciale.

23. II) Lasciando da parte i due commentatori Bartolo da *Sassoferrato* (1357) e Baldo degli Ubaldi da *Perugia* (1400) i quali ci lasciarono numerosi *responsi* o pareri (*consilia*) in materia commerciale, sono da notarsi come scrittori di opere di puro diritto commerciale che trattano tutta o gran parte della materia:

Benvenuto Stracca, anconetano, *Tractatus de mercatura seu mercatore*, Venezia 1553. È il primo trattato sistematico di diritto commerciale; opera insigne, in cui per la prima volta viene elaborato l'ingente materiale che il diritto romano, gli istituti municipali, la giurisprudenza e la consuetudine avevano accumulato nella formazione degli istituti commerciali (1).

Sigismondo Scaccia, *Tractatus de commerciis et cambio*, Roma 1618. Meno pregevole del precedente, e meno originale. Utile specialmente per ciò che concerne la cambiale.

Franciscus Roccus, *Responsa legalia de mercatura*, 2 volumi, Napoli 1655, vasta compilazione, in cui viene sfruttata, con molta utilità, la giurisprudenza del Sacro Consiglio napoletano.

---

(1) Sull'opera dello Stracca, v. Franchi, *Benvenuto Stracca*, Roma 1888; e Goldschmidt, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXVIII (1890), pag. 1 e seguenti.

ANSALDUS DE ANSALDIS, *Discursus legales de commercio et mercatura*, Roma 1689. Alquanto più originale del precedente.

GIUSEPPE MARIA CASAREGIS, genovese († 1737). *Discursus legalis de commercio*, 3 voll., Firenze 1719. Opera classica nella letteratura del diritto commerciale, in cui è profuso un tesoro di sapienza giuridica e di senno pratico. Non è possibile, ancor oggi, studiare istituti di diritto commerciale senza conoscere ciò che ne scrisse il Casaregis, conoscitore fine e profondo della pratica mercantile.

AZUNI, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, 1ª ediz., Nizza 1780-88; 2ª ediz., Livorno 1822-24, 4 volumi.

BALDASSERONI ASCANIO, *Dizionario della giurisprudenza mercantile*, 4 voll., Firenze 1810-12.

DE IORIO, *Giurisprudenza del commercio*, Napoli 1793.

FIERLI, *Della società chiamata accomandita e di altre materie mercantili*, Firenze 1803.

Tutte queste opere sono utili principalmente per la storia del diritto commerciale in Italia. Lo stesso è a dirsi, riguardo alla Francia ed alla Germania, per le seguenti opere:

SAVARY JACQUES, *Le parfait negociant*, Paris 1675; ID., *Dictionnaire universel du commerce*, ristampato a Parigi nel 1784; ID., *Parères ou avis et conseils sur les plus importantes matières du commerce*, Paris 1688.

JOUSSE, *Commentaire sur l'ordonnance de Louis XIV*, Paris 1678.

VALIN, *Commentaire sur l'ordonnance de la marine*, La Rochelle 1760.

ÉMERIGON, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Marseille 1784.

LAUTERBACH, θέσεις *de iure in curia mercatorum usitato*, Tubinga 1655.

MARQUARD, *Tractatus politico-iuridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari*, Francoforte 1662.

MARTENS, *Grundriss des Handelsrechts*, Göttingen 1797.

24. Più ricca è la bibliografia contemporanea. Un posto importante è tenuto dalla letteratura tedesca, a cui dobbiamo

un'ampia e spesso profonda elaborazione dottrinale del diritto commerciale. Pregevole è anche la letteratura francese specialmente la più antica. Nell'ultimo quarantennio la letteratura italiana ha dato un ottimo contributo agli studî di diritto commerciale e da alcuni anni superiore anche a quello della letteratura francese e tedesca. Ci limitiamo qui a citare i trattati, commenti e manuali più importanti.

A) Germania:

THÖL, *Das Handelsrecht*, 6ª ediz., 3 voll., Leipzig 1879-80. Opera fondamentale, sebbene oramai invecchiata.

L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, vol. I, parte 1ª e 2ª, Erlangen 1864-68; 2ª ediz., Stuttgart 1875-83; 3ª ediz., sotto il titolo *Universalgeschiche des Handelsrechts*, Stuttgart 1891. Opera insigne per la profondità della dottrina giuridica e per la vastità delle indagini storiche, rimasta incompleta per la morte dell'autore. La 2ª ediz. contiene la storia, i principî generali, la teoria delle cose; la 3ª la sola storia.

ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, 1ª ediz., Heidelberg 1865; 4ª ediz., 1887.

GOLDSCHMIDT, *System des Handelsrechts in Grundriss*, 4ª ediz., Stuttgart 1892, è un prospetto sistematico, con ricche indicazioni bibliografiche; alcuni punti ed alcune questioni sono svolte; di altre si riferisce la sola bibliografia.

ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels- See- und Wechselrechts*, 4 voll., Leipzig 1881-85. Opera scritta in collaborazione con BRUNNER, COHN, GAREIS, REGELSBERGER, SCHOTT ed altri. Se ne è pubblicata anche una traduzione italiana. Napoli, Iovene, 1897-1903. È un'opera molto importante e ben fatta.

BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, vol. I, Berlin 1880-1896. Contiene la storia, i principî generali e il diritto delle persone. Eccellente sotto ogni aspetto.

GAREIS, *Deutsches Handelsrecht*, 8ª ediz., Berlin 1909. Compendio elementare.

LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig 1908; 2ª ed., 1912. Pregevole.

Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 10ª e 11ª ediz., Stuttgart 1923, Enke ed. Utile perchè completo. Contiene anche il diritto marittimo e cambiario. Vi è una traduzione francese fatta dalla 7ª ediz. tedesca, Paris 1904, Giard et Brière editori.

Makower, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, 12ª ediz., Berlin 1898-1901. La tredicesima edizione 1906-1907 è con la collaborazione di F. Makower.

Hahn, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche*, 1ª ediz., Braunschweig 1862-63; 3ª ediz., 1879; 4ª ediz., 1894 (del solo I vol.). Eccellente.

Anschütz und von Völderndorff, *Kommentar zum Handelsgesetzbuche*, 3 voll., Erlangen 1868-74.

Gareis und Fuchsberger, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch erläutert*, Berlin 1891.

Staub, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6ª e 7ª ediz., Berlin 1899; 8ª ediz., 1901, curata dopo la morte dell'autore da Könige e Pinner, Berlin 1906. L'ultima edizione, la 10ª, 2 voll., riveduta da Bondi, König e Pinner è del 1921. Un vero modello di commento chiaro, esatto e completo.

Duringer e Hachenburg, *Das Handelsgesetzbuch von 10. Mai 1897, auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches*, 1ª ediz., Mannhein 1899-1905; 2ª ediz., con la collaborazione di Brest, Geiler, Fletchheim, Honiger (1908), Ritter (1910), Brand (1911). Utile per la nuova elaborazione del diritto commerciale fatta sulla base del codice civile germanico.

Lehmann e Ring, *Das deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin 1901; 2ª ediz., 1913-14.

Heilfron, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 2ª ediz., 2 voll., 1912-13.

Ehrenberg, *Handbuch des gesammten Handelsrechts*, Leipzig, dal 1913; pubblicati i volumi I-IV.

Müller-Erzbach, *Deutsches Handelsrecht*, 1919.

Wieland, *Handelsrecht*, vol. I, Leipzig 1921.

I. v. Gierke, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, Berlin 1922.

Oltre a queste opere di diritto commerciale, sono da consultarsi i trattati di diritto civile prussiano del Dernburg (5ª ediz.), dello Stobbe (3ª ediz.), del Förster-Eccius

(4ª ediz.). Riviste dedicate esclusivamente al diritto commerciale sono: la eccellente *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* fondata da GOLDSCHMIDT nel 1858, e la *Zeitschrift für Handels- Konkurs- und Versicherungsrecht*, Leipzig, dal 1907.

B) Nella letteratura francese sono da notare:

PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 6ª ediz., 3 voll., Paris 1856-57. Eccellente sebbene antiquato.

MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 3ª ediz., 4 voll., Paris 1873. Opera pregevole per la originalità della concezione e della trattazione e i continui raffronti col diritto civile e il diritto internazionale.

DEMANGEAT et BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité de droit commercial*, 2ª ediz., 6 voll., Paris 1886-1892, è il trattato di BRAVARD - VEYRIÈRES, ripubblicato con buone note dal DEMANGEAT. Ottimo.

BOISTEL, *Cours de droit commercial*, 2ª ediz., Paris 1890.

LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 3ª ediz., 8 voll., Paris 1899-1906. Opera esauriente che riassume sistematicamente tutta la dottrina e la giurisprudenza francese.

THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1ª ediz., Paris 1898; 7ª ediz., 1925, Rousseau edit. Vi è una traduzione italiana, Milano, Vallardi, 1923. Eccellente manuale scolastico.

THALLER, PIC, PERCEROU, JOSSERAND e altri, *Traité général théorique et pratique de droit commercial*, Paris, dal 1909 (in corso di pubblicazione: pubblicate le parti relative alle *Società*, 2 voll., di P. PIC; al *Fallimento*, 2 voll., di PERCEROU; al *Trasporto* di JOSSERAND; al *Diritto marittimo*, 2 voll., di RIPERT).

LACOUR, *Précis de droit comm.*, 2ª ediz., con la collaborazione di BOUTERON, 2 voll., Paris 1921.

WAHL, *Précis de droit commercial*, Paris 1922.

Riviste: *Annales de droit commercial*, già diretta da THALLER, Paris, dal 1886. La pubblicazione, sospesa nel 1914, è stata ripresa dal 1920, sotto la direzione di PERCEROU.

C) La letteratura austriaca è meno ricca. Citiamo:

CANSTEIN, *Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts*, Wien 1895-96.

RANDA, *Das österreichische Handelsrecht*, Wien 1905.

D) La letteratura italiana è oramai importantissima per quantità e qualità. Ricordiamo:

VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 9 voll., Milano, 1ª ediz. 1877-1887; 4ª ediz. 1893-98; 5ª ediz. 1900-1908, Hoepli edit. Opera sistematica che ha il merito di essere stata la prima trattazione scientifica del diritto commerciale italiano. Migliore sotto ogni aspetto, è però:

VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 4 vol., 1ª ediz., Torino 1893-1902; 5ª ediz., Milano 1922-26, Vallardi edit. Opera eccellente, vigorosa per originalità di vedute, per robusta partizione sistematica, per profondità di ricerche. È vivamente da raccomandarsi ad ogni studioso del diritto. Si può deplorare soltanto che il diritto commerciale non vi sia trattato tutto, mancandovi il diritto marittimo e il fallimento.

VIVANTE, *Istituzioni di diritto commerciale*, 26ª ediz., Milano 1924, Hoepli edit. È un breve compendio ad uso specialmente degli istituti tecnici.

MARGHIERI, *Il diritto commerciale italiano*, esposto sistematicamente, 1ª ediz., Napoli 1884; 2ª ediz., 1886. Della 3ª edizione (in collaborazione con A. SCIALOJA), Torino, Unione tip.-edit., 1910, videro la luce il volume I e le parti riguardanti le società e la cambiale.

MARGHIERI, *Manuale di diritto commerciale italiano*, 1ª ed., Napoli 1902, Marghieri edit.; 2ª ediz., Roma 1922-1923, « Athenaeum ».

FRANCHI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1890-95. È un ottimo manuale per le scuole ma incompleto.

SUPINO, *Istituzioni di diritto commerciale*, 14ª edizione, Firenze, Barbèra edit., 1920.

NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, 2 voll., Torino 1911, Bocca edit. Completo (salvo il diritto marittimo), preciso e molto utile.

NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, 6 vol., Torino, Bocca edit., 1913-1926.

Sono da notarsi inoltre i quattro commenti seguenti:

VIVANTE e BOLAFFIO, *Il codice di commercio commentato*, La 1ª ediz. è del 1883-97. È in corso una 5ª edizione, Torino, Unione tip.-edit., della quale sono stati pubblicati finora: vol. I, BOLAFFIO, *Disposizioni generali. Degli atti di commercio dei commercianti. Dei libri di commercio*, 1922; volume II, BOLAFFIO, *Dei mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale*, 1923; vol. III, TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, 1925; vol. V, SUPINO, *Della cambiale e dell'assegno cambiario*, 1923; vol. VI, ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, 1925; vol. VII, VIVANTE, *Del contratto di assicurazione. Del pegno. Dei magazzini generali*, 1922; vol. VIII, ASCOLI, *Del commercio marittimo e della navigazione*, 1923; vol. X, MORTARA e AZZARITI, *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, 1922. Commento di disuguale valore, ma di cui molte parti sono veramente eccellenti.

CASTAGNOLA e GIANZANA, *Commento al codice di commercio*, Torino 1883-1900, Unione tip.-edit. Opera di scarsa utilità, eccettuata una parte della dottrina del fallimento, dovuta al BOLAFFIO.

FRANCHI, SRAFFA, BONELLI ed altri, *Commentario al codice di commercio*, Milano, dal 1900, Vallardi edit. In corso di pubblicazione. È, in complesso, un'opera assai pregevole e utile. Pubblicati il *fallimento*, 3 voll., 2ª ediz., 1923, dovuto a BONELLI [eccellente]; il *mandato*, dovuto a SRAFFA [eccellente]; il *trasporto*, dovuto a BRUSCHETTINI; la *parte generale* dovuta a FRANCHI e PAGANI [ottima la parte del FRANCHI]; le *società*, a NAVARRINI [pregevole]; l'*assicurazione*, a MANFREDI; il *diritto marittimo*, a BRUNETTI; le *azioni commerciali e la prescrizione*, a C. F. BRUSA e a GRASSI; il *pegno commerciale*, a FAGGELLA.

SRAFFA, ROCCO, D'AMELIO, BONELLI, *Il codice di commercio annotato*, Milano, dal 1910 (in corso), Vallardi edit. È un riassunto della dottrina e della giurisprudenza disposto sotto ogni articolo del codice.

Notiamo in ultimo le due riviste dedicate al diritto commerciale:

Il diritto commerciale, diretto da SUPINO e SERAFINI, poi da SUPINO, in ultimo da SUPINO e COGLIOLO, dal 1883, Torino Unione tip.-edit.

Rivista di diritto commerciale, diretta da SRAFFA e VIVANTE, dal 1903. (Dal 1910 ha assunto il titolo: *Rivista del diritto commerciale, del diritto generale e delle obbligazioni*), Vallardi edit. Eccellente e ricchissima pubblicazione, forse la migliore del genere che veda la luce non solo in Italia, ma anche all'estero.

LIBRO PRIMO.

Il diritto commerciale obiettivo.

Capitolo I.

Le fonti del diritto commerciale.

§ 10. Considerazioni generali.

Sommario: 25. Concetto del « diritto commerciale obiettivo » in senso stretto, e nozione di « fonte del diritto ». — 26. Il diritto civile non è una fonte del diritto commerciale. — 27. Unica fonte è la « legge commerciale ». La giurisprudenza, l'equità, la natura dei fatti, i principi generali di diritto, le leggi straniere, non sono fonti di diritto.

25. La espressione « diritto commerciale obiettivo » può essere presa in un senso più ampio ed in uno più ristretto. In senso largo è diritto commerciale tutto il complesso delle norme giuridiche, che regolano la materia commerciale; sotto questo punto di vista è diritto commerciale, non soltanto la norma emanata appositamente per la materia commerciale, ma anche la norma di diritto civile o di diritto privato comune, che, scritta per tutti i rapporti privati in generale, si applica alla materia commerciale in mancanza di una norma speciale per i rapporti commerciali. In senso stretto e più proprio, invece è di diritto commerciale solo la norma che regola *direttamente e particolarmente* la materia commerciale. Ora quando si parla di diritto commerciale, s'intende alludere

soltanto a quel complesso di norme, che sono emanate *appositamente* per la materia commerciale. Le norme scritte per i rapporti di diritto privato in generale, rimangono norme di diritto civile, per quanto possano applicarsi *anche* in materia commerciale; così come le norme scritte per i rapporti commerciali restano norme di diritto commerciale per quanto alcune volte (e cioè quando siano derivazione o esplicazione di norme e principî di diritto civile), possano applicarsi anche ai rapporti meramente civili.

Da ciò si desume che la qualificazione di una norma come di diritto civile o di diritto commerciale, non è data dalla circostanza della sua effettiva applicazione alla materia civile o alla materia commerciale, ma dal fatto della sua *destinazione principale* all'una o all'altra materia.

Questa considerazione preliminare ci permette di determinare con precisione quali siano le *fonti del diritto commerciale*, e di eliminare alcune inesattezze che corrono intorno a questo concetto nella letteratura commercialistica.

Intendiamo per fonte del diritto *in senso proprio o fonte formale* del diritto (1) la *forma con cui si manifesta esteriormente la norma*. E poichè questa varia secondo l'*organo* da cui promana, in ultima analisi può dirsi che vi sono tante fonti di diritto, quanti sono gli organi, i quali formano la volontà collettiva, di cui la norma è espressione (2).

---

(1) È nota la distinzione fra *fonte formale* e *fonte materiale* del diritto. Fonte *formale* è, come viene spiegato nel testo, il mezzo con cui si manifesta esteriormente la norma giuridica; il diritto obiettivo essendo *volontà collettiva dichiarata* (cfr. principalmente BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, I, pag. 107), può tale volontà collettiva essere dichiarata in varî modi, ciascuno dei quali è appunto fonte del diritto, in senso formale. Invece è fonte materiale del diritto ogni elemento che contribuisce a determinare il contenuto della norma: così è fonte materiale del diritto la tradizione, la natura dei rapporti regolati, l'utilità o la necessità sociale, il sentimento popolare, ecc.; mentre fonte formale non è che la *legge* o la *consuetudine* (cfr. su questa distinzione: REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig 1893, pag. 68; ANZILOTTI, *La responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze 1902, pag. 30.

(2) Cfr. sul concetto di *fonte del diritto:* GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, pag. 302-303, che dice: «le forme nelle quali una collettività stabilisce il proprio diritto, cioè le forme, con cui sorge e si estrinseca il diritto

26. È dunque chiara la inesattezza della opinione comunemente accolta per cui sarebbero fonti del diritto commerciale: la legge commerciale; l'uso mercantile; e il *diritto civile* (1). Il diritto civile non può essere *fonte di diritto commerciale*, perchè non è mezzo per la creazione del diritto, ma è, invece, un complesso di norme giuridiche già formate ed emanate. Il diritto civile, è vero, si applica in materia commerciale: questo dice, e dice benissimo, l'art. 1° del codice di commercio; ma ciò significa semplicemente che il diritto civile in taluni casi, regola *anche* i rapporti commerciali, non già che esso dia luogo alla formazione di norme di diritto commerciale

---

positivo, si chiamano fonti del diritto ». Non potrei invece consentire nella definizione di A. Scialoja, *Le fonti e la interpretazione del diritto commerciale*, in *Saggi di vario diritto*, Roma 1927, pag. 254, secondo cui fonte è la *forma di realizzazione del diritto*, poichè tale definizione farebbe supporre l'esistenza di un altro diritto anteriore al diritto positivo che questo realizza (diritto naturale, razionale o ideale). La quale esistenza noi contestiamo recisamente, come fa del resto lo stesso Scialoja (pag. 304), sebbene nella recente letteratura giuridica in Italia e fuori d'Italia si noti un movimento a favore di un nuovo gius-naturalismo, sia pure non più nel senso di un ritorno allo stato di natura caro ai filosofi del secolo xviii e in quello di un diritto immutabile eterno eguale per tutti i popoli, ma pur sempre nel senso di un'ideale regola sovrana dell'ordine giuridico, sgorgante dalla coscienza umana verso di cui il diritto positivo tende nella sua evoluzione. Di questo rifiorire di diritto naturale è in Italia il maggiore esponente Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, 2ª ed., Bologna 1922, Zanichelli edit. e la prolusione *Sui principî generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 4ª serie, I (1921), pag. 33-91, e specialmente pag. 53 e segg. Vedi anche Brunetti, *Le obbligazioni naturali*, negli *Scritti giuridici varî*, Torino 1920, pag. 211, e gli autori da lui citati. Per gli stranieri si veda principalmente, tra i più autorevoli e più recenti, Charmont, *Les transformations du droit civil*, Paris, Colier, 1912, 2ª ed. 1921; Valsesin, *Traité du droit naturel*, Paris 1922; Gény, *Science et technique en droit privé positif*, 4 volumi, Paris 1914-1924; Nast, *L'irréductible droit naturel*, in *Annales de droit commercial*, 1920, pag. 143 e segg.; Landsberg, *Zur Einigen Viederkehr des Naturrechts*, in *Arch. f. Rechtsund Wirtschaftsphilosophie*, 1925, XVIII, fasc. 3; Momigk, *Wie stehen wir heute zum Naturrecht*, *ibid.*, 1926, XIX, fasc. 3.

(1) Vedi fra gli scrittori tedeschi: Behrend, *Lehrbuch*, pag. 85 e 86; Randa, *Handelsrecht*, I, pag. 27; e fra gli italiani: Vivante, *Trattato*, I, n. 2 e n. 20 e seg.; Franchi, *Manuale*, pag. 20; Navarrini, *Man. elem.*, pag. 49, e *Trattato teorico-pratico*, I, n. 55.

vero e proprio. È importante il determinare con esattezza questa funzione del diritto civile di fronte alla materia di commercio, non solo per la precisione dei concetti giuridici, ma anche per evitare un equivoco in cui è facile cadere: dicendo che il diritto civile è fonte di diritto commerciale, si afferma implicitamente che il diritto civile, in taluni casi, assume il carattere di diritto speciale al commercio, mentre esso si applica alla materia commerciale sempre *come diritto civile*, ossia come il diritto comune dei rapporti privati.

In realtà, per determinare la posizione del diritto civile di fronte alla materia di commercio, basta ricordare che il diritto commerciale contiene la *particolare* regolamentazione giuridica dei rapporti commerciali come rapporti commerciali; la regolamentazione giuridica dei rapporti commerciali *come rapporti privati* bisogna sempre cercarla nel diritto civile. Fin dove giunge la norma *speciale*, che regola i rapporti commerciali come una *speciale* categoria di rapporti privati, è questa che si deve applicare; dove tale norma non giunge, entra naturalmente in iscena il diritto civile, che regola tutte le categorie dei rapporti privati, e perciò anche quella dei rapporti commerciali.

Il diritto comune si applica alle materie regolate da norme speciali o eccezionali quando manchi la norma speciale, appunto perchè è diritto comune, e non perchè si trasformi in diritto speciale. Adunque, il decidere quando il diritto civile si applichi alla materia commerciale dipende dallo stabilire quando, per la regolamentazione di un determinato rapporto commerciale, *manchi* una norma speciale di diritto commerciale. Ma questo è un semplice problema di interpretazione.

27. Escluso il diritto civile, che non può, per le ragioni anzidette, mai considerarsi come *fonte* di diritto commerciale, per quanto bene spesso ricorra la sua applicazione in materia commerciale, non rimarrebbero, anche di fronte al diritto commerciale, che le fonti consuete, le sole che esistano nel diritto moderno; la *legge* che è la norma posta dallo Stato a mezzo degli organi a ciò destinati; e la *consuetudine*, che è la norma posta direttamente dalla collettività, e manifestata

tacitamente mediante la sua effettiva osservanza da parte dei consociati. Ma per le ragioni che esporremo in seguito, nemmeno la consuetudine costituisce una vera e propria fonte per il diritto commerciale, del quale deve per ciò considerarsi come unica fonte immediata la *legge commerciale* (1).

Non consideriamo invece come fonti di diritto, e perciò neppure come fonti di diritto commerciale, la *giurisprudenza*, l'*equità*, la *natura dei fatti*, i *principî generali di diritto*, le *leggi straniere* (2):

a) *la giurisprudenza*, cioè l'attività teorica e pratica dei giuristi, non è fonte di diritto, per quanto sia uno strumento necessario e eccellente per la *conoscenza del diritto*. L'attività dei giuristi non ha infatti per iscopo la creazione di nuove norme giuridiche, ma lo studio, l'interpretazione e l'applicazione del diritto vigente (3);

b) *l'equità*, secondo l'opinione dello SCIALOJA oramai prevalente, è il *diritto del caso singolo*. In parecchie disposizioni (es. codice civ., art. 463, 578, 1124, 1652, 1718; legge

---

(1) Se sia da dire lo stesso, in generale, per gli altri rami del diritto, è questione generale discussa nella moderna dottrina; ma noi non abbiamo bisogno di occuparci di ciò, perchè per il diritto commerciale esistono particolari considerazioni che eliminano la questione di ordine generale. Confr. in seguito n. 31.

(2) La molteplicità delle fonti del diritto commerciale è un ricordo storico. La dottrina commercialistica più antica abbondava nella enumerazione delle fonti; man mano si è riconosciuto che anche pel diritto commerciale esse si riducono a quelle consuete. Si cons. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale* (prolusione), in *Riv. di dir. comm.*, 1926, I, 234.

(3) Sull'autorità e il valore della dottrina e della giurisprudenza, vedi FADDA e BENSA, *Note delle Pandette del Windscheid*, pag. 129 e seguenti. Sulla facoltà del giudice di creare il diritto, vedi ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, pag. 152 e seg.; ID., *L'interpretazione delle leggi processuali*, estratto dall'*Arch. giur.*, 1906, pag. 18, ed autori ivi citati, a cui si possono aggiungere: COVIELLO, *Dei moderni metodi di interpretazione della legge*, S. Maria Capua Vetere 1908; POLACCO, *Le cabale legali*, in *Atti dell'Istituto veneto*, 1908; FERRARA, *Poteri del legislatore e funzioni del giudice*, in *Riv. di dir. civ.*, 1911; BRUGI, *L'analogia del diritto ed il così detto giudice legislatore*, in *Dir. comm.*, 1916; STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, Tubingen 1908; KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte des Freirechts*, 1925.

3 aprile 1926 sui rapporti collettivi del lavoro, art. 10) la legge fa richiamo all'equità; in questi casi, *che sono del resto affatto eccezionali*, la legge, non volendo dettare una norma fissa per certi rapporti, che nella pratica possono assumere atteggiamenti diversissimi, permette al giudice di regolarli, secondo le peculiari circostanze del caso. Qui non è dunque tanto l'equità, quanto la sentenza del giudice fonte di diritto; ma anche da questo punto di vista lo è in un senso ristrettissimo e del tutto speciale, in quanto la legge permette bensì al giudice di decidere secondo il suo personale apprezzamento delle circostanze, ma la decisione del giudice non ha valore che per il caso singolo e non per altri casi (1);

c) *la natura dei fatti*, cioè l'indole dei rapporti sociali, che sono regolati dal diritto commerciale, abbiamo già veduto, è una guida necessaria e sicura per la conoscenza del diritto vigente; è un elemento importantissimo per la formazione della norma, in quanto determina le esigenze a cui deve rispondere il diritto, ma per sè è impotente a *creare* la norma giuridica, e quindi non si può considerare come una fonte formale di diritto. Chi crede il contrario (2), riconosce necessariamente l'esistenza di un diritto superiore al diritto positivo, una specie in sostanza di nuovo diritto naturale o ideale o razionale (3);

---

(1) Cfr. V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino 1880; Fadda, *L'equità e il metodo nel concetto di giureconsulti romani*, Macerata 1881; Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del Windscheid*, pag. 136 e seg.; A. Scialoja, *Le fonti*, pag. 60 e 61; Miceli, *Sul principio di equità*, negli *Studî in onore di Vittorio Scialoja*, vol. II; Donati, *Sul principio di equità*, Perugia 1913; Osilia, *L'equità nel diritto privato*, Roma 1923.

(2) Così Adickes, *Zur Lehre von der Rechtsquellen insbesondere über Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquelle*, Cassel 1872, pag. 22 e seg.; Behrend, *Lehrb.*, pag. 71 e 85; Goldschmidt, *Handbuch*, pag. 301 e seg.; Thöl, *Handelsrecht*, § 15, 2; Vivante, *Trattato*, I, n. 25; Geny, *Interprétation et sources*, pag. 178 e seguenti.

(3) Vedi Rocco, *Interpretazione delle leggi processuali*, pag. 17; A. Scialoja, *Le fonti e l'interpretazione*, n. 36, pag. 204 e seg.; Franchi, *Commentario*, pag. 6, nota 7; Regelsberger, *Pandekten*, pag. 68; Anzilotti, *La responsabilità dello Stato*, pag. 30; Navarrini, *Trattato elem.*, I, pag. 30; Id., *Trattato teorico e pratico*, n. 56. Vedasi anche Ferrara, *Trattato di diritto civile*, I, pag. 152. Si cons. però Asquini, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, 129.

d) *i principî generali di diritto*, intesi nel solo modo in cui è possibile intenderli: come i *principî generali del diritto positivo*, sono le norme già ottenute mediante il processo di generalizzazione dell'analogia giuridica. In questa ulteriore generalizzazione che oltrepassa l'analogia di legge e di diritto, si procede, naturalmente, per gradi; e così, passando attraverso ai principî generali di ciascun ramo del diritto (principî generali del diritto civile, del diritto penale, del diritto amministrativo, ecc.), che formano obietto della *parte generale* di ciascuna disciplina giuridica, si giunge fino ai *principî generalî di tutto il diritto positivo*, il cui studio è riservato alla scienza generale del diritto o teoria generale del diritto. In questo modo intesi, è chiaro, che i principî generali del diritto non sono norme *nuove*, e perciò tanto meno sono *fonti di diritto*, ma sono norme già implicitamente contenute nel sistema (1);

e) *le leggi straniere*, infine hanno anch'esse la doppia funzione di servire all'*interpretazione* del diritto italiano in quanto questo ne abbia accolto i principî, e alla *riforma* della legislazione, in quanto abbiano già sentito e soddisfatto le nuove esigenze della vita commerciale, ma non avendo autorità di legge in Italia, non sono diritto positivo italiano, nè fonte formale di diritto in Italia.

---

(1) Sui principî generali, vedi V. Scialoja, *Del diritto positivo e della equità*, pag. 24; Fadda e Bensa, *Note*, pag. 128 e seg.; Rocco, *Intorno al carattere del diritto commerciale*, pag. 17; A. Scialoja, *Le fonti*, n. 49, pag. 324. Abbiamo già accennato ad una tendenza recente, specialmente tra i nostri filosofi del diritto, verso i concetti del gius-naturalismo. Si veda principalmente: Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto*, citato; per questo autore i principî generali del diritto sono appunto i principî di diritto naturale; cons. in proposito: Brunetti, in *Riv. di dir. comm.*, 1922, II, 436; Asquini, in *Arch. giur.*, 1921, 129. Si veda anche: Cogliolo, in *Diritto commerciale*, 1924, I, 161, che pure ammette l'esistenza di norme universali che sarebbero il presupposto di quelle codificate; Pacchioni, in *Arch. giur.*, 1924, XCI, 133, per cui in un senso lato sia da risalire ai principî più generali della scienza giuridica. Contro la tesi giusnaturalistica vedi Brugi, *I principî generali di diritto e il diritto naturale*, in *Arch. giur.*, 1923, pag. 160 e segg.; Scaduto, *Sull'identificazione dei principî generali di diritto*, Perugia 1926.

§ 11. La legge commerciale.

SOMMARIO: 28. Nozione generale. Varie categorie di leggi commerciali. — 29. Leggi civili applicabili anche in materia di commercio. Leggi civili richiamate dal codice di commercio. Pretese norme di diritto privato comune. — 30. Delle leggi commerciali in particolare: *a*) codice di commercio; *b*) leggi speciali; *c*) disposizioni di altri codici: quando esse sono commerciali.

28. Legge commerciale è la norma emanata dagli organi dello Stato investiti della funzione legislativa, destinata particolarmente a regolare la materia di commercio. Vi sono, come in parte abbiamo già veduto, due categorie di leggi commerciali.

a) Vi sono leggi che regolano *esclusivamente* la materia di commercio; esse contengono norme eccezionali, costituenti altrettante deroghe alle norme del diritto civile, le quali valgono unicamente per la materia di commercio, e non si possono estendere, neppure per analogia, ai rapporti civili. Appartengono a questa categoria di leggi tutte le disposizioni che regolano rapporti i quali non possono essere che commerciali (per es., la cambiale, il riporto, gli affari marittimi, il deposito nei magazzini generali, ecc.) (1), e tutte quelle che

---

(1) A. SCIALOJA (*Le fonti*, n. 40, pag. 310) afferma che queste norme non sono di diritto eccezionale, ma di diritto comune, sebbene convenga poi nella conclusione, che esse non sono applicabili fuori della materia di commercio. Sarebbero di diritto comune, in quanto regolando esse istituti esclusivamente commerciali, non esistono nel diritto civile norme corrispondenti, che possano fungere da norme di diritto comune. La inapplicabilità loro alla materia civile dipenderebbe solo da ciò, che gli istituti da esse regolati non esistono come istituti puramente civili. Il ragionamento è molto ingegnoso, ma non lo riteniamo esatto. Esso presuppone che questi rapporti, così detti obiettivamente commerciali, siano come una creazione del diritto commerciale, dimodochè, se non fossero disciplinati dal diritto commerciale, non potrebbero trovare nelle norme del diritto civile alcun riconoscimento e alcuna regolamentazione. Ora è questo appunto che ci sembra per lo meno assai dubbio. Vi sono sempre nel diritto civile norme applicabili a questi rapporti, le quali costituiscono appunto il diritto comune di essi, mentre le norme del diritto commerciale ne rappresentano il diritto speciale o eccezionale. Tanto è ciò vero che, anche per questi rapporti, mancando la norma di diritto commerciale, si applicano le norme di diritto civile.

regolando rapporti i quali possono essere anche civili (per es., la vendita, il pegno, il mandato) stabiliscono norme particolari ai medesimi, quando assumono carattere commerciale.

b) Vi sono leggi che regolano principalmente e direttamente, ma non esclusivamente, la materia di commercio; esse contengono norme, le quali, benchè siano pure scritte per la materia di commercio, sono però applicazioni particolari di princìpi più generali, di cui altre particolari applicazioni si trovano nel diritto civile, e che possono perciò considerarsi come comuni alla materia civile e alla commerciale; queste norme sono suscettibili di estensione analogica dalla materia commerciale alla civile. Appartengono a questa categoria di leggi commerciali tutte le disposizioni che regolano i rapporti, i quali possono essere anche civili (come i telegrammi, la conclusione dei contratti, la mediazione), con norme, che sono derivazioni ed applicazioni di princìpi già contenuti nel diritto civile.

29. All'infuori di queste due categorie di leggi commerciali non ve ne sono altre. Tutte le norme che, pure applicabili in materia di commercio, non *regolano principalmente* e *direttamente* la materia di commercio, non sono leggi commerciali. Non sono perciò leggi commerciali le disposizioni del codice o di altre leggi civili che si applicano in materia di commercio quando manca una norma di diritto commerciale scritto o consuetudinario (art. 1° codice di commercio).

Neppure sono leggi commerciali le disposizioni del codice o di altre leggi civili richiamate dal codice di commercio o da un'altra legge commerciale. Questi richiami sono frequenti: così l'art. 67 codice di commercio richiama l'art. 1165 codice civile; l'art. 107 codice di commercio richiama gli art. 1720-1723 codice civile; l'art. 365 codice di commercio richiama gli art. 1757 e segg. codice civile; l'art. 773 codice di commercio richiama gli art. 1995 e segg. codice civile; l'art. 916, capov. 1°, codice di commercio richiama gli art. 2123 e segg. codice civile. Tuttavia questo richiamo non vale a trasformare la norma di diritto civile in legge commerciale; esso ha un effetto più limitato; quello di derogare parzialmente alla regola dell'art. 1° che riconosce forza obbligatoria agli usi nel campo del diritto

commerciale (1). Con quel richiamo si esclude l'applicabilità degli usi, e si rende perciò immediatamente applicabile il diritto civile in materia commerciale, nella mancanza di una norma legislativa commerciale. L'effetto pratico è *in parte* identico a quello che si avrebbe, se si dovessero considerare le norme così richiamate come leggi commerciali, non però *in tutto identico;* rimane, ad es., sempre questa differenza: che l'analogia tratta dalle leggi commerciali vere e proprie dovrà sempre prevalere all'analogia tratta da queste disposizioni del diritto civile richiamate, mentre non prevarrebbe, se si trattasse di vere leggi commerciali (2). Del resto la categoria delle leggi

---

(1) L'opinione propugnata nel testo che le leggi civili richiamate non siano da considerare leggi commerciali, fu messa innanzi da A. SCIALOJA, *Fonti*, n. 6, pag. 257 e 258. Nello stesso senso v. GRASSO, in *Dir. comm.*, 1916, II, pag. 255, e TUMEDEI, nella *Riv. di dir. comm.*, 1924, II, pag. 3 e segg. Crediamo però si debba determinare con maggior precisione la ragione e la portata del principio (ad es., lo SCIALOJA non fa differenza, quanto agli effetti pratici, fra leggi commerciali e le leggi civili richiamate). Contro, la dottrina di gran lunga dominante; vedi: VIVANTE, *Trattato*, I, n. 4 e 21; FRANCHI, *Commentario*, n. 5; BOLAFFIO, *Commento*, pag. 49; NAVARRINI, *Tratt. teor.-prat.*, I, n. 43; GASCA, *Tratt. della compra-vendita*, 2ª ed., 1914, I, n. 373, e la giurisprudenza citata da A. SCIALOJA, op. cit., pag. 259, n. 3.

(2) Si deve considerare che l'interpretazione analogica può aver luogo solo quando il caso da decidere non sia regolato dalla legge. Se quindi la legge commerciale già prevedesse il caso da decidere, disponendo che esso deve essere regolato da una determinata disposizione del codice civile, questa disposizione dovrebbe essere applicata e non vi sarebbe posto per l'interpretazione analogica, appunto perchè ne mancherebbe il presupposto. L'ipotesi fatta nel testo è pertanto che la disposizione del codice civile sia richiamata dal codice di commercio per un caso diverso da quello da decidere. In questa ipotesi errerebbe l'interprete che volesse estendere senz'altro per analogia la disposizione del codice civile, solo perchè questa trovasi richiamata nel codice di commercio per un caso diverso, prima di indagare se per avventura non fosse da trarre per analogia dalla legge commerciale una norma più idonea a regolare il caso non contemplato. Cade dunque l'obiezione del NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico*, pag. 91, nota 2, che « non si troverebbe alcun interprete, il quale di fronte a un richiamo che il codice di commercio faccia ad una norma del codice civile, volesse, prima di applicare la regola richiamata, andare a vedere se esista o no una disposizione analoga nella legge commerciale e fare a meno dell'osservanza del richiamo ». Se il richiamo non è fatto per il caso da decidere, la regola richiamata non impedisce che si debba far luogo all'indagine analogica.

civili richiamate ha sempre un rilevante valore teorico; non può essere considerata come legge commerciale una norma non destinata particolarmente a regolare la materia di commercio; se si dovessero considerare come norme commerciali tutte quelle che regolano *anche* la materia di commercio, tutto il diritto civile dovrebbe considerarsi come diritto commerciale, e la destinazione tra questi due rami del diritto rimarrebbe eliminata.

Da tutto ciò consegue che una legge o è destinata direttamente a regolare rapporti commerciali, ed è una legge commerciale; o non è destinata direttamente a regolare rapporti commerciali, ed è una legge civile. Fra queste due specie di leggi, non v'è posto per una terza categoria di leggi, nè commerciali, nè civili. *Tertium non datur.* Si parla, è vero, da taluni scrittori, di norme di diritto privato comune o generale (1), che regolerebbero tutti in genere i rapporti privati, senza distinguere i civili dai commerciali. Ma questa terza categoria di norme, distinta così dalle norme commerciali, come dalle civili, non esiste: una norma infatti che è destinata a regolare tutti in genere i rapporti privati, è una norma di diritto civile, perchè il diritto civile è appunto il diritto comune dei rapporti privati. Quando si parla dunque di diritto privato comune o regolare, non si può alludere che al diritto civile. In questo senso, e solo in questo senso, esiste un diritto privato comune, non come qualche cosa di distinto dal diritto civile (2).

30. Dicemmo che sono commerciali le leggi che regolano *particolarmente la materia di commercio.* È dunque dal contenuto di ogni legge, dalla natura dei rapporti che esso regola,

---

(1) Così Bolaffio, *Comm.*, pag. 47; A. Scialoja, *Fonti*, pag. 258, 261.

(2) Certo fra le norme di diritto civile, ve ne sono alcune che non possono mai regolare rapporti commerciali, perchè regolano rapporti che di loro natura non possono mai assumere carattere commerciale (es. i rapporti di famiglia); mentre ve ne sono altre, che possono anche applicarsi in materia commerciale, perchè regolano rapporti, i quali possono *anche* assumere carattere commerciale. Ma ciò non vuol dire che queste ultime norme siano norme di diritto privato comune anzichè di diritto civile. Restano norme di diritto civile, perchè il diritto civile è il diritto comune dei rapporti privati, ed è una mera accidentalità se questi rapporti talune volte ripugnino, talune altre non ripugnino all'idea del commercio.

che bisogna desumere il suo carattere, e non soltanto dal *titolo*, il quale può valere tutt'al più come un segno dell'intenzione del legislatore. Per decidere poi se la materia regolata dalla legge è *materia commerciale*, bisogna — come si è detto — far capo al codice di commercio, e vedere se i rapporti che la legge regola, sono rapporti derivanti da atti che, a norma del codice di commercio, debbono ritenersi d'indole commerciale.

Poichè decisivo per la *qualificazione* della legge è il suo contenuto, la materia sulla quale dispone, si comprende come *legge commerciale* non sia solo il codice di commercio. Leggi commerciali sono:

a) in prima linea, il *codice di commercio;*

b) le *leggi speciali, che regolano la materia commerciale.*

A queste leggi speciali rinvia l'art. 2 codice di commercio. Fra le più importanti citiamo: il codice per la marina mercantile, testo unico, pubblicato con regio decreto 24 ottobre 1877, n. 4146, col relativo regolamento approvato con regio decreto 20 novembre 1879, n. 5166 (1); il regolamento per l'esecuzione del codice di commercio approvato con regio decreto 27 dicembre 1882, n. 1139, il quale in alcuni punti, come, ad esempio, nelle disposizioni riguardanti le borse e i mediatori ha carattere legislativo (2); la legge 25 gennaio 1888, n. 5174,

---

(1) Il testo unico del codice per la marina mercantile subì alcune modificazioni con legge 11 aprile 1886, n. 3781. Numerose sono state le modificazioni arrecate al regolamento; fra esse citiamo: regio decreto 17 dicembre 1885, n. 3812; regio decreto 4 novembre 1887, n. 5031; regio decreto 12 agosto 1888, n. 5670; regio decreto 17 ottobre 1889, n. 6497; regio decreto 7 novembre 1889, n. 6514; regio decreto 30 gennaio 1890, n. 6646; regio decreto 9 giugno 1892, n. 320; regio decreto 14 gennaio 1894, n. 17; regio decreto 31 marzo 1895, n. 108; regio decreto 9 maggio 1895, n. 352; regio decreto 29 settembre 1895, n. 640; regio decreto 23 ottobre 1895, n. 671; regio decreto 26 novembre 1896, n. 572; regio decreto 4 dicembre 1898, n. 510; regio decreto 2 febbraio 1899, n. 39; 8 dicembre 1904, n. 672; regio decreto 29 dicembre 1904, n. 703; regio decreto 2 aprile 1905, n. 156; regio decreto 21 maggio 1905, n. 236; regio decreto 17 maggio 1908, n. 222; regio decreto 14 giugno 1914, n. 625; regio decreto 30 gennaio 1916, n. 235; regio decreto 3 settembre 1925, n. 2288; regio decreto 14 novembre 1926, n. 2023.

(2) Il regolamento per la esecuzione del codice di commercio ha subito parecchie modificazioni. Ricordiamo, fra le più importanti, quelle appor-

sull'abolizione dei tribunali di commercio; la legge 22 giugno 1905, n. 268, sulla riduzione dell'interesse civile e commerciale; la legge 17 luglio 1919, n. 1176, e relativo regolamento, approvato con regio decreto 3 gennaio 1920, n. 39, sulla capacità giuridica della donna maritata, che contengono alcune norme modificative di disposizioni del codice di commercio; la legge 17 maggio 1866, n. 2933, sulle fiere e i mercati; le leggi 3 luglio 1871 e 3 aprile 1882, poi fuse nel testo unico approvato con regio decreto 17 dicembre 1882, n. 1154, sui magazzini generali, modificato con legge 22 luglio 1897, n. 319, ed il relativo regolamento, approvato con regio decreto 4 maggio 1873, n. 1371, e modificato poi con regio decreto 10 settembre 1923, n. 1966; la legge 6 agosto 1876, n. 3261, col relativo regolamento, approvato con regio decreto 31 ottobre 1876, n. 3440, sui punti o depositi franchi; la legge 2 gennaio 1910, n. 9, sulla navigazione interna, la quale, con le disposizioni della legge 20 marzo 1865, all. *F*, sullo stesso argomento, fu compresa nel testo unico, approvato con regio decreto 11 luglio 1913, n. 959, il cui regolamento venne poi emanato con regio decreto 17 novembre 1913, n. 1514; la legge 20 marzo 1910, n. 121, sulle camere di commercio col relativo regolamento 12 febbraio 1911, n. 245, modificata con regio decreto-legge 8 maggio 1924, n. 750, e le cui norme di attuazione vennero emanate con regio decreto 4 gennaio 1925, n. 29 (le funzioni delle camere di commercio sono state ora assunte dai Consigli provinciali dell'economia, istituiti con legge 18 aprile 1926, n. 731); le leggi sulla proprietà industriale, vale a dire, la legge 30 agosto 1868, n. 4577, sui marchi e segni distintivi di fabbrica col relativo regolamento, approvato con regio decreto 7 febbraio 1869, n. 4860; la legge, pure del 30 agosto 1868, n. 4578, e relativo regolamento, approvato con regio decreto 7 febbraio 1869, n. 4861, sui disegni e modelli di fabbrica; la legge sulle privative industriali del 30 ottobre 1859, n. 3731, modificata colle leggi 31 gennaio 1864, n. 1657, e 4 agosto 1894, n. 376, e relativi rego-

---

tate con regi decreti 17 dicembre 1885, n. 3612 (art. 2); 4 agosto 1894, n. 416; 29 settembre 1894, n. 435; 30 dicembre 1897, n. 544; 9 giugno 1907, n. 299; 19 novembre 1921, n. 1728.

lamenti approvati con regi decreti 31 gennaio 1864, n. 1674, e 2 ottobre 1913, n. 1237 (la Convenzione d'Unione per la protezione della proprietà industriale, stipulata a Parigi il 20 marzo 1883, riveduta a Bruxelles il 14 dicembre 1900 e a Washington il 2 giugno 1911, è stata oggetto di nuovo esame da parte degli Stati interessati, che conclusero una nuova Convenzione all'Aja il 6 novembre 1925; nello stesso giorno i varî delegati approvarono il nuovo testo dell'*Arrangement* di Madrid, riveduto a Bruxelles e a Washington, concernente la registrazione internazionale dei marchi di fabbrica; alle due convenzioni venne data esecuzione in Italia con regio decreto-legge 10 gennaio 1926, n. 169); la legge 16 luglio 1905, n. 423, sulla protezione temporanea delle invenzioni industriali e dei modelli e disegni che figurano nelle esposizioni nazionali ed internazionali; il regio decreto-legge 16 ottobre 1924, n. 1828, contenente disposizioni sui brevetti industriali, che interessano la difesa nazionale e relative norme di attuazione approvate con regio decreto 3 agosto 1925, n. 1491. Citiamo ancora le leggi in materia bancaria: così la legge 10 agosto 1893, n. 449, sul riordinamento degli istituti d'emissione; il regio decreto 10 aprile 1910, n. 204, che approva il testo unico delle leggi sugli istituti di emissione ed il regio decreto-legge 6 maggio 1926, n. 812, sull'unificazione del servizio dell'emissione dei biglietti di banca; le leggi sul credito fondiario riunite nel testo unico pubblicato con regio decreto 22 febbraio 1885, n. 2922, sostituito poi con il testo unico approvato con regio decreto 16 luglio 1905, n. 646, ed il cui regolamento è stato emanato con regio decreto 5 maggio 1910, n. 472; la legge sul credito agrario, 23 gennaio 1887, n. 4276, modificata con legge 26 luglio 1888, n. 5588, ed il relativo regolamento, approvato con regio decreto 8 gennaio 1888, n. 5166; la legge 15 luglio 1888, n. 5546, modificata con legge 17 luglio 1898, n. 311, e con regio decreto-legge 21 ottobre 1923, n. 2413, sulle casse di risparmio e i relativi regolamenti, approvati con regi decreti 21 gennaio 1897, n. 43, e 27 aprile 1899, n. 164; la legge sui monti di pietà 4 maggio 1898, n. 169, e relativo regolamento, approvato con regio decreto 14 maggio 1899, n. 185, modificati, la prima con regio decreto-legge 20 dicembre 1923, n. 3226, e, il secondo, con

regio decreto 19 luglio 1924, n. 1305. In materia di trasporto sono importanti: la legge 27 aprile 1885, n. 3048, per l'esercizio delle reti mediterranea, adriatica e sicula, e specialmente *le tariffe* e *condizioni* specificate negli allegati *D* ed *E*: e la convenzione internazionale di Berna per i trasporti internazionali su strada ferrata del 14 ottobre 1890, resa esecutiva in Italia con legge 15 dicembre 1892, n. 710, alla quale fanno seguito la dichiarazione 20 settembre 1893 (legge 15 dicembre 1895, n. 719), l'accordo addizionale del 16 luglio 1895 (regio decreto 29 dicembre 1895, n. 715) e le convenzioni addizionali del 16 giugno 1898 (legge 23 dicembre 1900, n. 496) e del 19 dicembre 1906 (legge 20 dicembre 1908, n. 718); inoltre le leggi 22 aprile 1905, n. 137, e 7 luglio 1907, n. 429, sull'ordinamento dell'esercizio di Stato delle ferrovie; la legge 17 luglio 1907, n. 540, e 15 luglio 1909, n. 524, sulle ferrovie concesse all'industria privata e relativo testo unico, approvato con regio decreto 9 maggio 1912, n. 1447, modificato poi con regio decreto 19 novembre 1921, n. 1684; il regio decreto-legge 12 novembre 1921, n. 1585, sulle condizioni per i trasporti di cose sulle ferrovie dello Stato, modificato con regi decreti-legge 18 febbraio 1923, n. 470, 24 settembre 1923, n. 2123, 6 aprile 1925, n. 372; il regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2828, concernente la difesa legale delle Ferrovie dello Stato. Sono ancora da ricordare la legge 24 marzo 1903, n. 197, sul concordato preventivo e i piccoli fallimenti; alla quale furono introdotte particolari modificazioni ripristinando la moratoria nei riguardi degli istituti di credito con i regi decreti-legge 28 dicembre 1911, n. 1861; 3 gennaio 1921, n. 1; 2 febbraio 1922, n. 27; 5 febbraio 1922, n. 32; 13 marzo 1922, n. 289; 8 febbraio 1924, n. 136; 9 marzo 1924, n. 553. Si aggiungano ancora la legge 20 marzo 1913, n. 272, sull'ordinamento delle borse di commercio e relativo regolamento, approvato con regio decr. 4 agosto 1913, n. 1068, modificata con regi decreti-legge 16 ottobre 1919, n. 2097, 18 agosto 1920, n. 471, 15 aprile 1924, n. 462. La legge 7 marzo 1925, n. 222, ed il regolamento approvato con regio decreto 9 aprile 1925, n. 376, hanno dato però un nuovo ordinamento alle borse; ma l'applicazione di alcune delle relative disposizioni è stata prorogata con regio decreto-legge 7 marzo 1926, n. 373.

Sono pure da rammentare: il regio decreto 27 maggio 1909, n. 437, che approva il testo unico delle leggi sulla emissione, in caso di perdita, dei duplicati dei titoli rappresentativi dei depositi bancari; il regio decreto 19 maggio 1881, n. 220, sulla istituzione delle stanze di compensazione; il regio decreto-legge 7 ottobre 1923, n. 2283, sugli assegni circolari e relative norme di attuazione, approvate con decreto ministeriale 15 novembre 1923; il regio decreto-legge 20 marzo 1924, n. 372, sull'autorizzazione ad elevare i protesti cambiari da parte dei segretari comunali. Sono altresì da ricordare i varî provvedimenti emanati sulle società commerciali, fra i quali meritano speciale menzione la legge 1° aprile 1915, n. 431, che modifica gli articoli 158 e 172 del codice di commercio; il regio decreto-legge 11 gennaio 1923, n. 75, che deroga temporaneamente all'art. 158 del codice di commercio, poi prorogato con legge 28 maggio 1925, n. 976; il regio decreto-legge 11 novembre 1923, n. 2605, circa l'autorizzazione alle società concessionarie di tramvie ad emettere obbligazioni fino al quadruplo del capitale; il regio decreto-legge 8 luglio 1925, n. 1230, sull'uso della qualifica «popolare» da parte di società non costituite in forma cooperativa; il regio decreto-legge 11 marzo 1926, n. 413, che disciplina la costituzione e gli aumenti di capitale delle società per azioni e relative norme di applicazione emanate con regio decreto 11 marzo 1926, n. 414.

c) Infine le *disposizioni di altri codici e specialmente del codice civile, che regolano la materia commerciale*. Così, ad esempio, codice civile, art. 284, 1232, capov. 1°; 1324, capov.; 1328, 1329, 1341, capov.; 1513, capov.; 1831; 1890; 1958, n. 8 e 9; codice procedura civile, art. 91, capov.; 137, 156, 157. Anche queste disposizioni sono *leggi commerciali*, in quanto si riferiscono alla materia di commercio.

Il decidere poi se, nei singoli casi, la disposizione contenuta in un'altra legge o in un altro codice sia una disposizione di diritto *commerciale*, se cioè si riferisca alla *materia di commercio*, così come è determinata dal codice di commercio, è una questione d'interpretazione. Per risolverla, bisogna stabilire se il legislatore volle porre una norma *speciale per la materia di commercio*.

Così, per es., fu da qualche scrittore e da qualche sentenza ritenuto che le disposizioni degli art. 1450 e 1451 del codice civile siano leggi *commerciali* perchè esse trattano della vendita di *mercanzie* vendute a peso, numero e misura, oppure in massa, e considerando esse le cose oggetto del contratto come *merci*, ossia cose destinate al traffico mercantile, si deve di necessità riferirle alla materia commerciale (1). Ma in contrario fu giustamente osservato che la parola *mercanzia* non ha nella nostra legislazione un significato così tecnicamente preciso, da doversi riferire in ogni caso alla vendita commerciale; mentre d'altro canto si possono vendere a peso, numero e misura ovvero in massa, anche cose che possono non costituire affatto oggetto di una vendita commerciale (2).

Egualmente, fu affermato da parecchi scrittori, che siano leggi commerciali, e a *questo titolo* sottratte alla forza derogatrice dell'uso, tutte le disposizioni del titolo IV, libro 3º, del codice civile (art. 1097-1377), dove sono contenute le norme generali sulle obbligazioni e sui contratti. Questa opinione si basa sull'art. 1103 del codice civile, il quale stabilisce: « I contratti, abbiano o non abbiano una denominazione particolare, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo. Le regole particolari a certi contratti civili, sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi, e quelle proprie delle contrattazioni commerciali, nel codice di commercio ». Da ciò si vuol desumere, che la legge fa per le regole particolari a ciascun contratto una distinzione che non fa per le regole generali, le quali perciò devono considerarsi comuni a tutti i contratti, tanto civili quanto commerciali, e sono quindi, in quanto s'applicano ai secondi, leggi commerciali. Ma la conclusione non è affatto giusti-

---

(1) Vivante, *Trattato*, n. 3. Cass. Roma, 14 novembre 1893 (*Giur. ital.*, 1894, I, 474).

(2) Bolaffio, in *Temi*, 1902, 61; *Comm.*, pag. 47, nota 2; A. Scialoja, *Fonti*, n. 7, pag. 259 e 260. Cass. Firenze, 23 dicembre 1901 (*Temi*, 1902, 61). L'importanza pratica della questione sta principalmente, come al solito, in ciò, che se si ritengono gli art. 1450, 1451 leggi commerciali, gli usi non possono derogarvi. Contro: App. Firenze, 3 gennaio 1914 (*Foro ital.*, 1914, I, 178); Cass. Torino, 8 novembre 1915 (*Repertorio del Foro ital.*, 1915, voce *Vendita*, n. 109).

ficata dalla premessa. La legge dice semplicemente che le regole generali sulle obbligazioni si applicano tanto in materia civile quanto in materia commerciale; ora ciò significa solo che quelle norme sono norme di diritto privato *comune*, il che è quanto dire, di diritto civile, perchè, abbiamo veduto, il diritto comune dei rapporti privati, è, appunto, il diritto civile (1). Ciò non vuol dire che tutte le disposizioni del titolo IV, libro 3°, del codice civile possano essere derogate dall'uso; vedremo in seguito che la consuetudine commerciale non può derogare alle norme cogenti del diritto civile; ciò basta per escludere che l'uso possa far breccia nei rapporti essenziali delle obbligazioni e dei contratti per sottrarre buona parte di quelle norme alla forza derogatrice degli usi.

§ 12. Gli usi commerciali (2).

Sommario: 31. I) *Nozioni generali:* Usi commerciali e consuetudine vera e propria. — 32. Nozione generale degli « usi ». Varie categorie di usi: *a*) usi interpretativi; *b*) usi richiamati dalla legge; *c*) consuetudini vere e proprie. — 33. II) *Usi richiamati dalla legge:* Fondamento e limiti della loro forza obbligatoria. Usi generali, usi locali, usi speciali. — 34. Requisiti: 1° deve trattarsi di uso sociale: elemento obiettivo o materiale ed elemento subiettivo o spirituale dell'uso sociale: *opinio iuris:* pratiche di condiscendenza; 2° deve trattarsi di uso legittimo; 3° l'uso non può essere contrario alle norme della legge commerciale; 4° deve trattarsi di uso commerciale. — 35. La applicazione dell'uso esclude l'applicazione delle norme di diritto civile ed è indipendente dalla volontà delle parti. Uso cogente. — 36. Prova dell'uso. Principî generali, applicazioni, accertamento di ufficio, deroga alla regola sull'onere della prova. Censurabilità in Corte di cassazione. — 37. Enumerazione dei mezzi di prova: valore di essi: in particolare delle raccolte delle Camere di commercio.

---

(1) Nel senso del testo: Vivante, *Trattato*, I, n. 4; Franchi, *Comm.*, n. 5; A. Scialoja, *Fonti*, n. 8, pag. 260 e 261. Contro: Bolaffio, *Comm.*, n. 7 e 8, pag. 37, nota 1, e 47; Vighi, in *Temi veneta*, 1899, 325 e seg.; Sraffa, in *Giur. ital.*, 1908, IV, 360.

(2) *Letteratura:* Vivante, *Gli usi mercantili*, in *Arch. giur.*, 1883, pag. 234 e seg.; Grassi, *Usi mercantili*, in *Dig. ital.*, XXIV, 24, 84; Scialoja, *Fonti e interpretazione del diritto commerciale*, nei *Saggi di vario diritto*, I, Roma 1927, n. 9-33; Mossa, *Studî sugli usi interpretativi*,

31. I) Il problema della natura, della forza obbligatoria e dell'applicazione degli usi in materia commerciale, non va confuso col più vasto, più generale ed anche più arduo problema del valore della consuetudine come fonte di diritto parallela alla legge, nell'ordinamento giuridico moderno. Il problema della consuetudine è, in parte, un problema di teoria generale del diritto, in parte un problema di diritto pubblico; esso importa che si stabilisca quale sia il carattere della norma giuridica, se e come possa la volontà collettiva, di cui la norma è espressione, manifestarsi tacitamente col fatto della effettiva osservanza di questa; a quali requisiti debbano in conseguenza, rispondere gli atti, in cui si concreta questa tacita manifestazione della volontà collettiva, se ed entro quali limiti sia compatibile con l'odierna organizzazione dello Stato la creazione di una norma giuridica per opera diretta dei consociati, anzichè per mezzo dello Stato e dei suoi organi. Tutte queste controversie comuni al diritto pubblico e al privato restano fuori della nostra considerazione, perchè, in realtà, non esiste un problema della consuetudine commerciale; esiste un problema della consuetudine, che, sotto questo punto di vista, è identico in tutti i campi del diritto.

Più semplice, e profondamente diverso, è, invece, il problema dell'efficacia giuridica degli *usi commerciali*, secondo l'art. 1° del codice di commercio. Qui non si tratta più della formazione di una norma giuridica all'infuori della legge, per opera diretta dei consociati, anzichè per opera dei poteri legislativi dello Stato. Qui abbiamo una disposizione di legge:

---

in *Rivista di dir. comm.*, 1922, I, 557. Sulla dottrina generale della consuetudine: Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto*, in *Saggi di filosofia*, II, 1906; Miceli, *La forza obbligatoria della consuetudine*, 1889; Degni, *L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione italiana*, in *Studî* per Fadda, vol. IV, pag. 191; Bonfante, *Per una revisione della teoria della consuetudine*, in *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, pag. 274; Flumene, *La consuetudine nel suo valore giuridico*, Sassari 1925; Ferrara, *Trattato di diritto civile*, vol. I, 1921, pag. 125 e segg.; Coviello, *Manuale di diritto civile*, 3ª ediz., Milano 1924, pag. 47 e segg.; Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen 1828-1837; Schmidt, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*, 1884; Sturm, *Revision der gemeine Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Leipzig 1900.

quella dell'art. 1°, la quale dà espressamente forza obbligatoria agli *usi*, nei casi e nelle materie, in cui la legge commerciale non disponga. È dunque evidente che gli usi, di cui parla l'art. 1°, non hanno forza obbligatoria *per sè*, ma solo in quanto l'art. 1° li dichiara applicabili. Siamo dunque all'infuori assolutamente del campo della consuetudine. Di consuetudine, come fonte di diritto parallela alla legge, si può parlare solo, in quanto possa dall'osservanza effettiva dei consociati, desumersi una norma, che è espressione diretta della volontà collettiva, e quindi obbligatoria *per sè*. Quando invece abbiamo un testo di legge, che, invece di formulare con precisione la norma, si rimette agli *usi*, o a *quel che si pratica*, noi dobbiamo confessare che la somiglianza fra questo caso e quello della consuetudine non va oltre il nome. In realtà questa ipotesi del richiamo agli usi, giuridicamente non ha nulla di diverso da tutti quegli altri casi, in cui la legge si riferisce, per la determinazione del contenuto della norma, ad un elemento estraneo ad essa. Questo avviene quando la legge riconosce efficacia giuridica alla volontà privata, come, ad es., quando prescrive che i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti (codice civile, art. 1123), o quando stabilisce che ciascuno può disporre per testamento di tutta o parte delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere (codice civile, art. 759). Questo avviene quando la legge si rimette all'arbitrio del giudice per la regolamentazione d'uno speciale rapporto (codice civile, art. 544). Questo avviene infine tutte le volte che la legge si rimette a quanto stabilisce l'*uso* (codice civile, art. 580, 582, 1124, 1505, 1608, 1654) (1). In tutti questi casi, non esiste una norma contrattuale, o testamentaria o giudiziale o consuetudinaria, distinta dalla norma legale. Il contratto, il testamento, la decisione del giudice, l'uso non sono fonti di diritto accanto alla legge: esse non creano la norma, ma forniscono alla norma legale il suo contenuto. In tutti questi casi la legge pone una norma giuridica, che si potrebbe chiamare *in bianco*, una norma a contenuto

(1) Avviene egualmente quando la legge accenni alla buona fede, ai buoni costumi, all'equità.

indeterminato, la cui determinazione è rimessa alla volontà privata, o al giudice, o all'uso.

Nulla di diverso accade per gli usi commerciali, richiamati dall'art. 1° codice di commercio. Questo articolo stabilisce una norma a contenuto indeterminato, la cui determinazione spetta appunto agli usi. Gli usi commerciali non sono dunque fonte di diritto distinta dalla legge commerciale e ad essa parallela; essi non hanno forza di creare *per sè*, norme giuridiche, *ma hanno la più modesta funzione di fornire il contenuto alla norma generale dell'art.* 1°.

32. Occorre ora determinare con maggior precisione quali siano gli *usi*, a cui si riferisce l'art. 1°.

L'espressione « uso » ha un significato molto largo, che va dalla semplice *abitudine individuale* fino alla vera e propria *consuetudine giuridica.* In ampio senso « uso » è infatti ogni *cosciente e prolungata ripetizione di atti volontari*, la quale ripetizione può essere un fatto meramente individuale, fondato sulla maggior facilità che offre la ripetizione di un atto già compiuto, di fronte al compimento di un atto nuovo (*abitudine*); oppure un fatto sociale, fondato sulla forza dell'*abitudine* e su quella dell'*imitazione*. Dal punto di vista del diritto, nella serie degli usi si possono distinguere tre gruppi ben diversi.

a) In primo luogo quegli usi che traggono ogni loro efficacia dal fatto, che costituiscono indizio di una certa *volontà:* quella che opera giuridicamente è appunto la volontà, la cui esistenza l'uso fa presumere. Un tal significato possono assumere così le pratiche o abitudini *individuali*, come le pratiche o abitudini *generali*. Se una determinata persona, con la ripetizione dei medesimi atti, suole manifestare una determinata volontà, è logico presumere che quella serie di atti risponda ad una volontà *costante*, e che, pertanto, la volontà esista anche quando, in un singolo caso, manchi la speciale manifestazione corrispondente. Se, ad esempio, nei loro rapporti di affari due commercianti si sono sempre regolati in un determinato modo, è lecito presumere che allo stesso modo essi vogliano regolarsi anche per l'avvenire. Egualmente, se in un cerchio più o meno ampio di persone, tutti

coloro che compiono un determinato atto giuridico, lo compiono con certe modalità, manifestando una volontà identica, è logico presumere che quel modo di comportarsi risponda ad una volontà *generale*, e che perciò tutti coloro, che appartengono al gruppo, vogliano allo stesso modo, sebbene possa mancare, nei singoli casi, una manifestazione espressa di questa volontà.

Tutti questi usi, la cui efficacia sta appunto nella presunzione di volontà che ne deriva (1), si chiamano *usi interpretativi* (da taluni chiamati, meno bene, *usi di fatto* o *usi contrattuali*), si tratti di abitudini individuali o generali. Dal punto di vista giuridico, questi usi vanno considerati alla stessa stregua: essi agiscono, creando presunzioni di volontà, e gli effetti giuridici, che ne derivano, dipendono appunto dalla volontà, che essi fanno presumere. Di qui due conseguenze:

1° è sempre possibile combattere la presunzione di volontà, che deriva da questi usi, dimostrando che nel caso concreto, la volontà fu diversa (2);

---

(1) È questa la dottrina dominante fra i nostri scrittori: VIVANTE, *Trattato*, vol. I, n. 18 e segg.; NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico*, n. 52; SCIALOJA, *Fonti*, n. 20, pag. 281 e segg.; alla quale oppone la dottrina che tende a dare un valore obiettivo agli usi interpretativi. L'efficacia di questi non sarebbe più fondata sulla volontà delle parti. Gli usi, cioè, non verrebbero più a completare o la volontà in sè stessa o la dichiarazione di essa, secondo una distinzione fatta tra gli scrittori, ma avrebbero efficacia oggettiva quali regole di diritto, come riflesso della volontà legislativa. Si vedano citazioni in MOSSA, *Studî sugli usi commerciali*, in *Riv. di dir. comm.*, 1922, I, 557 e segg., e in SCIALOJA, *Fonti*, pag. 281, nota 2. La base contrattuale della forza vincolativa degli usi interpretativi è pacificamente ritenuta in giurisprudenza, per la quale appunto l'uso interpretativo serve a stabilire la presunta volontà dei contraenti e deve cedere alla prova di una contraria volontà: Cassazione Firenze, 3 dicembre 1914 (*Foro ital.*, 1915, 278); Cassazione del Regno, 22 marzo 1926 (sentenza n. 835, inedita). Onde logicamente fu deciso che quando il giudice abbia tratto il convincimento della volontà dei contraenti dalle clausole contrattuali, riesce inutile ogni ulteriore indagine sull'uso: Cass. Palermo, 31 marzo 1917 (*Foro sic.*, 1917, 136), e che non possono invocarsi usi commerciali sôrti posteriormente alla stipulazione del contratto: Cass. Torino, 27 luglio 1921 (*Giur. tor.*, 1922, 94). Vedasi anche la nota che segue.

(2) Che l'ignoranza dell'uso ne faccia venir meno l'obbligatorietà è una conseguenza di quanto diciamo nel testo, perchè la parte, la quale dimostri di averne ignorata l'esistenza, fa cadere la presunzione di volontà,

2° finchè la presunzione non è combattuta, l'uso ha il valore di una dichiarazione di volontà; e come tale può derogare alle norme di legge dichiarative o permissive.

b) Il secondo gruppo di usi è quello, la cui efficacia giuridica deriva da ciò, che essi sono richiamati dalla legge. Essi sono obbligatorî, in quanto formano il contenuto di una norma legislativa. Questi usi hanno il valore di una norma giuridica, non perchè costituiscano per sè stessi norme giuridiche, ma perchè formano il contenuto di una disposizione di legge. Di solito la legge, in questi richiami, assume a suo contenuto abitudini generali, ma non è escluso il caso che essa si riferisca invece ad abitudini individuali (es., codice civile, art. 486). In questi casi la legge, invece di dettare una disposizione concreta, eleva a norma di condotta obbligatoria la pratica generale o anche individuale, in quanto ritiene difficile determinare *a priori* le esigenze di taluni rapporti, e

---

sulla quale si fonda la forza vincolativa degli usi interpretativi. In questi sensi è la dottrina dominante di civilisti e commercialisti: Scialoja, *Fonti* cit., pag. 285; Vivante, *Trattato*, loc. cit.; Navarrini, *Trattato teorico-pratico*, n. 53. Nella dottrina invece che attribuisce fondamento oggettivo agli usi interpretativi, staccandoli dall'elemento subiettivo (vedi nota precedente), la forza obbligatoria dell'uso interpretativo sarebbe esclusa soltanto da una contraria volontà delle parti; come la norma di legge è vincolativa anche nell'ignoranza, così egualmente l'uso sarebbe applicabile anche se non conosciuto dalle parti, le quali potrebbero peraltro derogarvi con patto espresso, così come potrebbero escludere l'applicazione di una norma legislativa che non sia cogente. Si vedano le citazioni in Ferrara, *Trattato* cit., pag. 143, nota 1. La nostra giurisprudenza esclude che l'uso interpretativo possa essere vincolativo tra le parti, se ignorato. Essa inoltre tende a stabilire una distinzione: l'uso interpretativo non contrario alla legge vincolerebbe i contraenti, anche se da questi non sia stato espressamente richiamato: Cass. Palermo, 26 marzo 1923 (*Riv. di dir. comm.*, 1924, II, 113). Al contrario gli usi di affari che derogano alla legge scritta sarebbero efficaci, solo in quanto le parti li richiamino espressamente o con la loro condotta. In questo senso: Corte di cass. del Regno, 20 febbraio 1925 (*Riv. di dir. comm.*, 1925, II, 652). Queste distinzioni in realtà non reggono, perchè se l'uso interpretativo vincola le parti in base alla loro presunta volontà, esso deroga alle leggi permissive, anche se non fu richiamato dalle parti, nè espressamente nè tacitamente. In questo senso Vivante, *Trattato*, I, n. 13. Contro: Brugi, in *Riv. di diritto comm.*, 1924, II, 115.

più semplice rimettersi a quella sistemazione di fatto, che le esigènze stesse di tali rapporti determineranno in avvenire. Questi usi, da un canto obbligano indipendentemente dalla volontà privata, per forza di legge (e non vale perciò addurre che nei singoli casi le parti non abbiano voluto riferirsi), dall'altro, appunto perchè obbligano, in quanto la legge li richiama, e la legge li richiama, perchè non detta una disposizione apposita, non si applicano, che in *mancanza* di una disposizione di legge, e non possono in alcun caso derogare alla legge.

c) Il terzo gruppo di usi è dato da quelle abitudini generali, che hanno acquistato veramente carattere di consuetudine giuridica, in quanto appaiono come frutto dell'effettiva osservanza di una norma tacitamente posta dalla volontà collettiva. Questi usi obbligano *per sè*, all'infuori e al disopra della legge, come fonte di diritto parallela alla legge.

Di queste tre categorie di usi, è chiaro, gli usi, di cui parla l'articolo 1°, sono, precisamente, quelle abitudini o pratiche generali che, richiamate da un testo di legge, vengono a formare il contenuto di una disposizione legislativa, e, a *questo titolo*, obbligano. Essi si distinguono dagli usi *interpretativi*, perchè il fondamento della loro forza obbligatoria sta direttamente nella legge, che li richiama e non nella presunta volontà delle parti (1); si distinguono delle vere consuetudini giuridiche, perchè non sono norme giuridiche autonome, ma costituiscono il contenuto di una norma legislativa (2).

Diciamo, ora, di questi usi richiamati dalla legge.

---

(1) La distinzione tra usi interpretativi e le altre due categorie di usi legali è fatta generalmente dai civilisti e dai commercialisti. Bolaffio (*Comm.*, n. 11) ritiene che debba parlarsi di pratiche individuali, non di usi interpretativi, perchè quando la pratica individuale generalizzandosi diventa pratica sociale e come tale si stabilisce, essa si stacca dalla volontà e diventa norma integrativa di legge, cioè uso legale. In senso analogo, il Ferrara (*Trattato di diritto civile*, n. 31), pure riconoscendo l'importanza pratica della distinzione tra l'uso interpretativo e l'uso legale, ritiene che la distinzione consista soltanto nelle *vetustas*, perchè l'uso di affare non è così inveterato e irradicato da assurgere a norma di diritto.

(2) Questa seconda distinzione suole essere generalmente trascurata. Agli usi compresi nelle due categorie da noi distinte si dà ordinariamente

33. II) Il fondamento della forza obbligatoria degli usi richiamati sta nella norma di legge che li richiama. In

---

il nome comune di consuetudine. Il NAVARRINI (*Trattato teorico-pratico*, vol. I, n. 44, pag. 72 e nota 1 a pag. 73) contesta la distinzione, osservando che, secondo il nostro sistema giuridico, la consuetudine, in genere, in tanto ha valore, in quanto la legge con disposizione generale, come appunto avviene con l'art. 1° del codice di commercio, o con particolari riferimenti (articoli 2, 580, 582, 1505, capov., 1574, 1598, 1600, 1604, 1607, 1609, 1610, 1613, 1625, 1654 codice civile) viene a riconoscerlo. Ma l'osservazione non tocca l'esattezza della distinzione, ma porterebbe soltanto a negare agli usi da noi collocati nella terza categoria il carattere di norma obbligatoria, cioè ad escludere la consuetudine come fonte autonoma di diritto.

Abbiamo già dichiarato che non intendiamo occuparci di questo problema generale, che è estraneo al diritto commerciale, appunto perchè gli usi, che hanno importanza per il diritto commerciale sono gli *usi richiamati* dall'art. 1° e non la vera e propria consuetudine. Noteremo tuttavia che una recente dottrina, in contrasto con quella tradizionale, nega recisamente alla consuetudine il carattere di fonte di diritto. Il FERRARA, per es., scrive: «La consuetudine nel diritto moderno non è una fonte *parallela* alla legge, ma è un *regolamento di fatto*, che la legge si appropria ed utilizza per i suoi fini, per un più completo e preciso ordinamento della relazione della vita. È noto che la legge stessa si serve di fattori sociali, per dare più agilità alle sue norme, e mantenere il contatto fra il diritto e la vita, così rinvia alla buona fede, ai buoni costumi, all'equità e così pure agli usi. Concetti morali, sociali, del costume vengono assunti a *mezzi di determinazione* delle norme giuridiche (*Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, pag. 147).

Quando tuttavia si riconoscesse alla consuetudine efficacia, sia pure molto limitata nel diritto moderno, di fonte autonoma di diritto, almeno per i rapporti che non sono regolati dalla legge, non sarebbe possibile negare il diverso fondamento della forza obbligatoria degli usi richiamati dalla legge e di quelli che non sono richiamati. Tra gli stessi autori che il NAVARRINI cita nella nota a pag. 72 a sostegno dell'obiezione da lui fattaci, non mancano coloro a cui non è sfuggita la distinzione. Così, per esempio, CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, vol. I, pag. 50: «È indubitato che queste consuetudini (richiamate dalla legge), ricevendo forza di legge dal testo legislativo, devono considerarsi come diritto scritto e perciò parte della legge propriamente detta, in cui trovano la ragione vera di loro virtù obbligatoria» a differenza della consuetudine che è «fuori della legge». Anche BRUGI nota l'importanza teorica e pratica della osservazione, sia pure scolastica, che la consuetudine (più esattamente: uso) richiamata dalla legge, più che avere una forza propria, deriva la sua validità dalla legge (*Rivista di diritto commerciale*, 1924, II, pag. 123 e seguenti).

questo caso l'uso non è per sè norma giuridica, ma diventa norma giuridica, in quanto una disposizione legislativa gli conferisce forza obbligatoria. In sostanza l'uso qui ha la funzione di *determinare il contenuto* di una disposizione di legge. Questa posizione dell'uso di fronte alla legge, non solo spiega la *ragione*, ma determina i *limiti* della sua forza obbligatoria. Sui quali in sostanza, si può dir questo: che decisiva rimane sempre la disposizione di legge, che si riferisce all'uso. Vi sono infatti casi, in cui la legge si richiama all'uso, dandogli forza obbligatoria, solo in quanto la legge non dispone sulla materia. È l'ipotesi più frequente: così il richiamo generale dell'art. 1° codice di commercio vale per tutti i casi, in cui la legge commerciale *non disponga;* così il richiamo dell'art. 36 agli *usi generali*, per determinare il termine, entro cui l'accettazione dell'offerta contrattuale deve giungere al proponente, e i casi in cui una preventiva risposta di accettazione non è necessaria, avuto riguardo alla qualità del contratto, sta, in quanto la legge ha rinunciato a disporre sui due punti; così la misura della provvigione del commissionario, che abbia stipulato *lo star del credere*, si determina, come dispone l'art. 387, capov. 2°, codice di commercio, secondo gli usi locali, appunto perchè la legge si riferisce agli usi, invece di dare una disposizione diretta; così l'offerta della consegna della merce o del prezzo, per ottenere la risoluzione di diritto alla compra-vendita, deve farsi nei modi usati in commercio (art. 67), perchè la legge si astiene dal dare una norma, e si richiama agli usi.

Diciamo che questa è l'ipotesi più frequente, perchè è ben naturale che la legge si riferisca agli usi, appunto in quanto reputa opportuno non stabilire una forma precisa e rimettersi agli atteggiamenti che il rapporto prenderà nella pratica. Ma può darsi anche che la legge ottenga lo stesso scopo per altra via: dando cioè una norma e aggiungendo che questa potrà essere derogata dagli usi. Così per l'art. 30 codice di commercio il mediatore incaricato di una operazione non è, per ciò solo, autorizzato a ricevere o a dar esecuzione alle obbligazioni dei contraenti, *salvo gli usi contrari*, locali o speciali del commercio. Così per l'art. 69, chi vuole l'adempimento della vendita anche dopo scaduto il termine essenziale

alla natura dell'operazione, deve darne avviso all'altra parte nelle 24 ore successive alla scadenza del termine, *salvo gli usi speciali* al commercio. E per lo stesso art. 69 la vendita può effettuarsi nel giorno successivo all'avviso, *salvo gli usi commerciali* (vedi anche art. 347). In questi casi l'uso può derogare alla legge o per meglio dire, la legge stessa pone, per la disciplina di un determinato rapporto, una doppia norma; una, in via principale, il cui contenuto è determinato dall'uso; e una, in via subordinata, il cui contenuto è determinato preventivamente dalla legge, e che si applica solo in mancanza della prima.

Ma la legge, in quanto si riferisce agli usi, non solo è arbitra di stabilire la loro subordinazione o la loro precedenza alla norma di legge: è arbitra altresì di stabilire *quali usi* dovranno aver vigore. Vi sono infatti usi di vario genere. Vi sono usi diffusi per tutto il territorio dello Stato (*usi generali* quanto allo spazio) e usi diffusi solo in località ristrette (*usi locali*). Vi sono usi che comprendono tutti i rapporti di una determinata categoria (usi generali quanto alla materia) e usi che comprendono *taluni* rapporti soltanto (*usi speciali*). Tocca alla legge, che si richiama agli usi, lo stabilire *a quali usi* intenda riferirsi. Così l'art. 1° codice di commercio si riferisce in prima linea agli usi speciali e locali, e solo in mancanza di questi, agli usi generali. Ma altre volte la legge si riferisce agli usi *locali* soltanto (codice di comm., art. 361, art. 337, 336, 549); e in certi casi agli usi di una determinata piazza, ad esclusione di quelli di altre, in cui pure si svolge il rapporto (art. 384: usi della piazza *dove il committente fa l'operazione;* art. 387: usi del luogo *dell'eseguita commissione*). Altre volte la legge si riferisce agli usi *speciali* (art. 30, 69). Altre volte invece si richiama agli *usi generali* (art. 36, 586). Spesso il richiamo riguarda gli *usi* semplicemente (art. 62, 67, 69, 356, 347, 397); nel qual caso si deve per analogia applicare la norma dell'art. 1° e dare la prevalenza agli usi locali e speciali sugli usi generali.

In conclusione, il principio, che domina tutta questa materia è che la determinazione della forza obbligatoria dell'uso, *è una questione d'interpretazione della norma giuridica, che ad esso si riferisce.*

Lasciando per ora da parte le varie disposizioni speciali, che si riferiscono all'uso, cerchiamo di determinare con precisione la portata dell'art. 1° codice di commercio, molto importante, perchè contiene un *richiamo generale agli usi*. Questo richiamo generale non è veramente una novità del diritto commerciale, giacchè anche in diritto civile esiste un richiamo generale analogo per tutta la materia contrattuale; ed esso è contenuto nell'art. 1121 cod. civ., secondo il quale i contratti obbligano *non solo* a ciò che in essi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'*uso* o la legge ne derivano. Ciò significa che, anche nella materia contrattuale civile, in forza del richiamo dell'art. 1124, l'uso ha forza obbligatoria, e forma il contenuto di una norma giuridica generale.

34. Passiamo a stabilire quali siano i *requisiti* dell'uso, *secondo l'art.* 1°.

Intendiamo per requisiti dell'uso le *condizioni* richieste dalla legge perchè una *pratica*, cioè il modo con cui un atto viene ripetuto, diventi obbligatorio e formi il contenuto della norma giuridica, che lo richiama. Ora questi requisiti, *secondo l'art.* 1°, sono sostanzialmente, quattro.

1° L'uso deve essere un *uso sociale*, non un *uso individuale*. A differenza degli usi interpretativi, i quali, prendendo efficacia dalla volontà privata, possono essere così pratiche sociali, come pratiche individuali, gli usi richiamati non possono essere che pratiche sociali. E ciò per la ragione assai semplice, che il contenuto di una norma giuridica, cioè di un comando generale, non può essere determinato dalla volontà di una o più persone singole. Infatti l'art. 1° richiama appunto gli usi mercantili, vale a dire le pratiche invalse nella classe numerosa e varia delle persone, che stabilmente o occasionalmente, esercitano il commercio; e, scendendo a specificare quali usi mercantili intende richiamare, stabilisce i casi, in cui sono richiamati gli *usi generali*, o gli *usi speciali*, gli *usi generali* o gli *usi locali;* orbene anche gli usi speciali e locali (non parliamo dei *generali*, in cui la cosa è evidente) sono usi *sociali*, cioè invalsi presso una collettività di persone, perchè riguardano, i primi, un dato ramo del commercio, i secondi, una data località.

Determinato così che l'uso deve essere *sociale*, rimane a dire che s'intende per *uso sociale*. Definimmo l'uso in genere come la cosciente ripetizione di un atto volontario. Questo concetto, che comprende così gli usi individuali come gli usi sociali, implica in ogni specie di uso, un doppio elemento. Anzitutto un elemento *obiettivo* o *materiale*; la *uniformità del comportamento esteriore*. In secondo luogo, un elemento *subiettivo o spirituale*: la *coscienza di questo comportamento uniforme*. Non basta dunque che sia più volte compiuto nello stesso modo lo stesso atto volontario; bisogna che ciascuna volta l'atto sia posto in essere in quello stesso modo, non già per una combinazione fortuita, ma coscientemente, deliberatamente.

Applicando questi concetti agli usi sociali, noi possiamo determinare nel seguente modo i due elementi che concorrono a formarli.

a) L'elemento *obiettivo* o *materiale* consiste nel fatto esteriore della ripetizione, da parte dei singoli individui che compongono un certo aggregato sociale, di un determinato atto, in modo da farlo apparire come un *comportamento uniforme della collettività*. Quindi non è necessario che siano gli stessi individui a ripetere il medesimo atto: anzi, la ripetizione assumerà il carattere di condotta generale uniforme, solo se individui diversi, in contingenze analoghe, si comporteranno identicamente. È necessario invece che lo stesso atto sia compiuto, non già da alcuni o pochi appartenenti alla collettività, *ma da tutti o quasi tutti coloro che abbiano occasione e possibilità di compierlo*. È necessario inoltre che l'atto sia *compiuto allo stesso modo*, affinchè il comportamento di ciascuno di coloro, che lo compiono, appaia come la ripetizione del comportamento di altri, che in ciò li precedettero. È necessario infine che questa ripetizione si prolunghi *per un certo tempo*, in modo che l'atto appaia come un comportamento della collettività, che è un aggregato stabile e permanente di individui. In conclusione, non può dirsi che vi sia un comportamento uniforme della collettività, se il comportamento non è *generale*, *costante* e *durevole* (1).

---

(1) L'esistenza di questi requisiti della *generalità*, *costanza* e *durevolezza* deve intendersi, non in senso materiale, ma in relazione allo scopo,

b) L'elemento *subiettivo* o *spirituale*, consiste nella coscienza, da parte di ciascun consociato, che compie un atto uniforme, di ripetere un atto compiuto in quel modo, e quindi con la *volontà di seguire un precedente*. In altri termini, la conformità dell'atto singolo agli altri, il cui complesso costituisce una condotta sociale uniforme, non deve essere fortuita, ma cosciente e voluta. Questa coscienza e volontà di compiere un atto conforme all'uso invalso, non è ancora la coscienza e volontà di osservare una norma giuridica, cioè una norma di condotta irrefragabilmente obbligatoria (*opinio iuris atque necessitatis*). La volontà di osservare una norma giuridica sarà necessaria nella consuetudine vera e propria, non è necessaria perchè si abbia *un uso sociale*, la cui forza obbligatoria risiede tutta nella norma di legge che lo richiama. Rispetto agli usi sociali è necessario e sufficiente qualche cosa di meno: la semplice coscienza e volontà di fare *quel che hanno fatto e fanno gli altri*, per sola forza di tradizione e d'imitazione, indipendentemente da ogni idea di obbligo giuridico (1).

---

per cui sono richiesti. Tutti e tre sono necessari *per dimostrare l'esistenza di un comportamento uniforme della collettività*. Quindi un determinato comportamento deve dirsi diffuso *generalmente*, malgrado che, in singoli casi, vi siano state delle divergenze: tutto sta nel vedere se i casi divergenti siano in minore o in maggior numero dei casi conformi, in modo da costituire l'eccezione o la regola (cfr. Regelsberger, *Pandekten*, pag. 95). Egualmente un comportamento deve dirsi *costante*, quando gli atti che lo compongono, e che sono ripetuti, sono *approssimativamente* gli stessi. Infine un comportamento è *durevole*, se si mantiene costante per un certo tempo, senza che si possa fissare *a priori* il numero di anni che deve durare. Non crediamo però che nel determinare l'esistenza dell'elemento *materiale* o *esteriore* dell'uso, debba aversi riguardo all'*intenzione* con cui i singoli atti sono compiuti (così A. Scialoja, *Fonti e interpretazione*, pag. 267 e seg.). L'intenzione servirà a provare l'esistenza dell'elemento spirituale o subiettivo, ma l'elemento esteriore od obiettivo deve risultare dalla osservazione dei fatti materiali. Se l'uso deve constare d'un elemento esteriore e di uno interiore; è chiaro che il primo non può essere dato che da un complesso di atti esteriori. Tuttavia parecchi dei risultati, a cui giunge A. Scialoja si giustificano egualmente mediante il concetto sopra accennato, che l'esame dei singoli atti va fatto in relazione al fine della ricerca, che è quello di accertare l'esistenza di una *condotta uniforme*, non nei singoli, ma nella *collettività*.

(1) Non annoveriamo perciò fra i requisiti degli usi richiamati dall'art. 1° codice di commercio quello della *opinio iuris*, cioè della volontà

Ma che dovrà dirsi allora di quelle pratiche che si seguono, non già con l'intenzione di osservare una norma giuridica, e di rispettare un diritto altrui, ma per mero spirito di condiscendenza e di liberalità, come gli abbuoni, le dilazioni, i favori conceduti alla propria clientela (doni di capo d'anno, ribassi a chi paga puntualmente, proroghe a chi fa nuovi acquisti, invio delle merci a domicilio, ecc. ecc.)? V'è chi sostiene che tali pratiche non diventano mai obbligatorie (1). Ma io credo che si debba distinguere. Quando la pratica abbia tutti i requisiti obiettivi e subiettivi, di un uso *sociale*, non si può negare la sua obbligatorietà in base al richiamo dell'art. 1° codice di commercio. Quando invece la pratica non abbia le condizioni necessarie di diffusione, costanza e durevolezza, o essa risulti da atti non compiuti con la coscienza di seguire un'abitudine invalsa; in sostanza, quando, invece di un *uso sociale*, si è in presenza di un *uso individuale*, solo allora la pratica non diventa obbligatoria. L'intenzione di fare un atto giuridicamente obbligatorio o facoltativo è del tutto indifferente, in quanto gli usi richiamati dall'art. 1°, non sono obbligatorî per virtù propria, ma in forza della disposizione di legge che li richiama (2).

---

di osservare una norma giuridica. Questo requisito, richiesto dalla dottrina più diffusa ed autorevole (vedi Vivante, *Trattato*, I, n. 11; Goldschmidt, *Handbuch*, pag. 329 testo, e nota 23; Franchi, *Comment.*, pag. 16 e 17) è superfluo per noi, che facciamo risiedere tutta la forza obbligatoria degli usi richiamati nella legge che li richiama. È da notare, del resto, che anche per la consuetudine vera e propria il requisito dell'*opinio iuris* non è da tutti ritenuto necessario. Si veda Ferrara, il quale nota che non interessa sapere come e perchè un uso generale e costante s'è formato, se ha per base l'*opinio iuris* o un errore, la convinzione della giustizia o dell'opportunità della norma e simili (*Trattato* cit., pag. 139). Al requisito subiettivo dell'*opinio iuris* viene perciò sostituito il requisito oggettivo del *contenuto giuridico* dell'uso, nel senso che questo debba consistere nella regola di un rapporto esterno, che cada nella sfera del diritto, e ciò per escludere le pratiche usuali, che rimangono nella sfera della socialità. Il concetto, in sè stesso, è esattissimo, perchè non è dubbio che le regole di convenienza sociale, come quelle morali, religiose, ecc., non sono comprese tra gli usi di cui parliamo.

(1) Vivante, *Trattato*, n. 11.

(2) A. Scialoja, *Le fonti*, n. 18, pag. 276, che richiede pure la coscienza dell'esistenza di un dovere giuridico, ammette, anche a proposito di queste

2° Ma non basta che si tratti di un *uso sociale*, perchè una pratica acquisti forza obbligatoria, in virtù del richiamo dell'art. 1°; bisogna che si tratti di una pratica *legittima*, risultante da atti consentiti dal diritto. L'art. 1°, riferendosi agli usi, non intende già di legittimare *qualunque uso;* esso non abroga nessuna delle norme giuridiche, che regolano la condotta dei cittadini, le quali perciò rimangono pienamente in vigore e debbono essere osservate, insieme all'art. 1°. In altri termini, l'art. 1° presuppone l'osservanza del complesso delle norme costituenti l'ordinamento giuridico, e si riferisce, ai soli usi che si sono potuti legittimamente formare.

Perchè un uso possa dirsi legittimo occorre: che esso non sia contrario alle norme del *diritto pubblico;* che non sia contrario alle norme *imperative* o *cogenti* del diritto privato, commerciale o civile. Una serie di atti illegittimi e quindi invalidi, non può dar luogo alla formazione di un uso, a cui una norma di legge possa riferirsi (1).

---

pratiche così dette di tolleranza, essere sufficiente che tale coscienza esista nella generalità, mentre non ha alcuna importanza lo stato d'animo individuale. L'opinione più recisa professata nel testo, che la coscienza di un dovere giuridico non sia necessaria, e che gli atti anche di condiscendenza diventino obbligatori, in virtù dell'art. 1°, quando abbiano raggiunto i requisiti di un costume sociale, è accolta dalla giurisprudenza. App. Bologna, 19 settembre 1900 (*Temi*, 1901, 65); Appello Milano, 2 dicembre 1903; App. Venezia, 6 luglio 1901 (*Temi*, 1901, 534).

(1) Gli usi contro l'ordine pubblico e il buon costume sono usi contro l'ordinamento giuridico costituito (arg. art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile) e quindi sono usi illegittimi. La relatività dei criteri di ordine pubblico spiega la variabilità della giurisprudenza nella risoluzione dei casi pratici, specialmente in rapporto ai principî della libertà economica, per cui spesso si dubitò della validità di usi limitativi di concorrenza. Si può vedere in Mossa, op. cit. (*Riv. di dir. comm.*, 1922, I, pag. 571, in nota), una serie di casi, in cui fu ritenuto non legittimo l'uso invocato. Questi casi si riferiscono veramente ad usi interpretativi, i quali, come si ammette in generale, possano pure derogare alla legge commerciale; a più forte ragione, quelle decisioni varrebbero di fronte ad usi che fossero invocati come norma di legge.

Il requisito della legittimità dell'uso fu inteso talvolta anche nel senso che l'uso debba essere ragionevole ed equo. Ma la nostra dottrina respinge questo concetto, notando che il giudice non può sostituire sentimenti individuali alla norma giuridica, che è chiamato ad applicare: vedi Vivante, op. cit., n. 15; Barassi, in *Riv. di dir. comm.*, 1912, II,

3° Inoltre occorre che l'uso non sia contrario alle norme, anche semplicemente *dispositive*, della legge *commerciale*. Questo terzo requisito, è richiesto esplicitamente dall'art. 1° codice di commercio. Il quale si riferisce agli usi appunto e solo per l'ipotesi che *manchi una norma legislativa in materia commerciale*. Questa è la sola ragione dell'inapplicabilità degli usi nelle materie regolate da norme dispositive della legge commerciale. All'infuori del testo esplicito dell'articolo 1°, non si può addurre alcun altro motivo di questa regola. Così a torto è stato affermato (1), che l'applicabilità dell'uso è in questo caso esclusa, in virtù dell'articolo 5 disposizioni preliminari al codice civile, per cui le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori. Questo articolo, che mira a togliere efficacia derogatoria o abrogatoria alla consuetudine, non ha nulla a che vedere con la nostra questione. In materia di usi richiamati, di quegli usi cioè che hanno forza obbligatoria, in quanto ad essi si riferisce una norma legislativa, si è fuori dell'ipotesi dell'art. 5, il quale suppone che manchi una disposizione di legge, da cui si possa desumere la deroga ad un'altra norma di legge. In materia di usi richiamati è invece possibilissimo che una disposizione di legge dia efficacia obbligatoria agli usi, con precedenza sulle altre disposizioni regolanti la materia. Più sopra ne abbiamo dato parecchi esempî (codice di commercio, art. 30, 69, 336, 337, 347). Tutto è rimesso alla disposizione di legge che richiama agli usi, e che li può richiamare così per *completare* la legge, come per *surrogarla*. E, se nel caso dell'art. 1° noi affermiamo che gli usi richiamati non possono derogare alla legge commerciale, ciò è solo perchè l'art. 1° lo stabilisce (2).

593; Cass. Firenze, 16 gennaio 1913 (*Riv. di dir. comm.*, 1913, II, 442). Rifiorisce tuttavia nella recente dottrina una tendenza che vorrebbe estendere i poteri del giudice per conferirgli anche quello di valutare la giustizia dell'uso. È superfluo osservare che questa tendenza si connette a quel movimento di rinnovato gius-naturalismo a cui abbiamo già sopra accennato per cui in sostanza la giustizia sarebbe al di fuori del diritto positivo e sarebbe destinata a correggerlo. Si veda Mossa, op. cit., pag. 572 e segg.

(1) Bolaffio, *Comm.*, vol. I, pag. 74; A. Scialoja, *Fonti*, n. 17, pag. 275.

(2) Deve perciò ritenersi contraria al testo esplicito dell'art. 1° l'opinione professata da qualche scrittore (per es. il Vidari, *Corso di diritto*

4º Infine occorre che si tratti di un *uso commerciale*, come dice l'art. 1º, il quale si riferisce appunto agli *usi mercantili*. Uso commerciale è una pratica invalsa in materia commerciale. La materia commerciale si determina, come abbiamo visto, secondo le disposizioni degli art. 3, 4 e 6 del cod. di comm.

Quando concorrano tutti e quattro questi requisiti, l'uso acquista forza obbligatoria in virtù della disposizione dell'articolo 1º codice di commercio. Esso non è per sè norma giuridica: ma *costituisce il contenuto di una norma giuridica*. L'art. 1º è una norma giuridica a contenuto variabile, che bisogna appunto ricercare negli usi.

35. Dal fatto che l'uso costituisce il contenuto di una norma giuridica, e precisamente di una *norma legislativa commerciale*, derivano due conseguenze:

1º L'uso commerciale, formando il contenuto di una norma di *diritto commerciale*, deve essere applicato come norma di diritto speciale o eccezionale, e quindi prima del diritto comune o diritto civile. Questa conseguenza è riconosciuta dallo stesso art. 1º, che dichiara applicabile, in

---

commerciale, I, n. 138-140), ma oramai abbandonata, per cui l'uso potrebbe derogare alle norme permissive o dichiarative della legge commerciale, opinione che si appoggia sulla considerazione che se è possibile derogare alla legge col contratto, deve ammettersi altresì che la clausola contrattuale di deroga, diventata uso, possa anch'essa derogarvi. Questa opinione è da respingersi, perchè alle norme dichiarative della legge commerciale può bensì derogare la volontà delle parti, ma occorre perciò un patto espresso o anche tacito del contratto, mentre gli usi, a cui si riferisce l'art. 1º, non sono obbligatorî come patti taciti del contratto, ma appunto come pratiche universalmente invalse, anche se ignorate dai contraenti. In questo senso la dottrina di gran lunga prevalente: vedi VIVANTE, *Trattato*, n. 14; FRANCHI, *Comment.*, pag. 15; BOLAFFIO, *Comm.*, pag. 74 e 85; A. SCIALOJA, *Fonti*, n. 15, pag. 271, nota 1; NAVARRINI, op. cit., n. 46. La giurisprudenza è egualmente fermissima nell'escludere la validità di usi contrari alla legge commerciale. Ricordiamo, fra le più recenti sentenze: App. Genova, 24 aprile 1925 (*Temi gen.*, 1925, 218); Cass. Palermo, 21 giugno 1921 (*Mon. trib.*, 1921, 710); Appello Palermo, 12 ottobre 1923 (*Foro sic.*, 1923, 298); Cass. Firenze, 31 dicembre 1918 (*Giur. ital.*, 1919, I, 1, 72); Cass. Torino, 29 marzo 1913 (*Foro ital.*, 1913, 1196), la quale pone specialmente in rilievo la differenza su questo punto fra l'uso richiamato che ha carattere legislativo in forza dell'art. 1º e l'uso interpretativo.

materia commerciale, il diritto civile solo se la legge commerciale non disponga particolarmente, e non si possa applicare la norma generale dell'art. 1°, perchè manchi l'uso, che possa essere richiamato.

2° L'uso commerciale, formando il contenuto di una *norma legislativa*, obbliga, in virtù del richiamo diretto della legge, e non in virtù della volontà privata, di cui sia assunto a indizio o presunzione. Esso obbliga, indipendentemente dalla volontà delle parti, anche se queste non vi si riferiscono neppur tacitamente, e perfino se lo ignorarono.

Ma qui sorge un dubbio. Vi sono usi, i quali non solo obbligano indipendentemente dalla volontà privata, ma *contro* la volontà privata? In altri termini, esistono usi di tal natura da costituire il contenuto di una norma di diritto imperativo o cogente, e quindi inderogabile dalla volontà privata? A questa domanda ci sembra si debba rispondere affermativamente. La caratteristica delle norme di diritto privato imperative o coattive sta in ciò, che in esse la tutela dell'interesse privato offre un lato di pubblico interesse, in virtù del quale è esclusa, nel campo di applicazione della norma, l'autonomia della volontà. Ora, può accadere benissimo, ci sembra, che una certa pratica si stabilisca e si diffonda appunto per ragioni di utilità generale; così, ad esempio, prima che il contratto di impiego privato fosse regolato con norme legislative (1), la pratica che impone al principale, il quale vuol licenziare un operaio, di dargli un congruo *preavviso*. Provato che il fondamento di questo uso fosse in una ragione di interesse sociale, cioè nella tutela del contraente più debole contro quello economicamente più forte, nulla vietava di considerare imperativa o cogente la norma giuridica risultante dal richiamo che l'art. 1° cod. di commercio fa a quest'uso (2).

---

(1) Il contratto di impiego privato fu regolato dal decreto luogotenenziale 9 febbraio 1919, n. 112, sostituito quindi dal regio decreto-legge 13 novembre 1924, n. 1825. L'obbligo del preavviso è ora imposto dall'art. 10 di questo decreto ed è inderogabile (art. 17).

(2) In questo senso: Collegio probiviri di Milano (industrie tessili), 27 febbraio 1901 (*Mon. trib.*, 1901, 216), e 30 giugno 1906 (*Ivi*, 1906, 697); NAVARRINI, op. cit., n. 47. Contro: BOLAFFIO, *Comm.*, n. 111; VIVANTE, *Trattato*, n. 13.

36. Veduto così quali sono i requisiti degli usi richiamati dall'art. 1°, vediamo come si possa fornire la *prova* di questi requisiti. Come si *prova* in altri termini l'esistenza dell'uso?

Prima di risolvere questo problema, bisogna stabilire la *natura* di tale prova. La dottrina più diffusa, basandosi sulla considerazione che l'uso è una norma giuridica, afferma che la prova dell'uso è la prova di una norma di diritto, e applica alla prova dell'uso tutte le regole che disciplinano la conoscenza del diritto da parte del giudice (1). Questa opinione è sostanzialmente esatta, ma va, ci sembra, meglio giustificata.

In verità gli usi richiamati dall'art. 1° non costituiscono per sè, norme giuridiche. Abbiamo veduto che essi non obbligano per sè, ma solo in quanto una disposizione di legge vi si riferisce. Tali usi forniscono il contenuto alla norma generale dell'art. 1°, ma per sè non sono norma giuridica. Una volta accertata la loro esistenza, essi obbligano come norme giuridiche; ma l'accertamento della loro esistenza, non è accertamento di una norma, è accertamento di un *fatto*, che serve a determinare la portata della norma dell'art. 1°. Una situazione analoga si ha nella prova delle *leggi straniere*, alle quali si richiama la legislazione interna. Anche le leggi straniere richiamate non sono per sè norme giuridiche interne, ma obbligano, in quanto le leggi interne vi si riferiscono. Anche la prova delle leggi straniere perciò, è prova di un *fatto*, sebbene abbia per iscopo di determinare il contenuto di una norma di diritto (2).

Pur tuttavia, se l'esistenza dell'uso è un fatto, esso deve distinguersi dagli altri fatti, la cui prova è data in giudizio. L'uso non è il fatto, nè fa parte del fatto, *a cui si deve applicare la norma giuridica:* l'uso invece è un fatto, che serve a determinare il contenuto della norma giuridica. La distinzione può apparire sottile, ma è esattissima. La funzione

---

(1) Vivante, *Trattato*, n. 17; Bolaffio, *Comm.*, pag. 60 e seg.; Franchi, *Comm.*, pag. 20; A. Scialoja, *Le fonti*, n. 27 e segg., pag. 294 e seg.; Goldschmidt, *Handbuch*, pag. 342 e seguenti.

(2) Sulla prova delle leggi straniere, vedi specialmente: Fedozzi, *Il diritto processuale civile internazionale*, Bologna 1905, pag. 450 e seguenti.

giudiziaria, è noto, in quanto è *accertamento* del diritto, cioè è applicazione del diritto, implica un sillogismo, in cui la premessa maggiore è data dalla norma, la minore dal fatto specifico, mentre la conclusione è appunto la *decisione*, ossia l'applicazione della norma al fatto specifico. Ogni processo di dichiarazione si risolve dunque: nella determinazione della norma giuridica o delle norme giuridiche da applicarsi (determinazione del *diritto*); nella determinazione del fatto o caso specifico (accertamento del *fatto*); e nella applicazione del diritto al fatto (*decisione*). Ora l'accertamento dell'uso non fa parte della determinazione del fatto specifico, non è accertamento del *fatto della causa*, fa parte invece della determinazione del *diritto*. In conclusione, l'uso è un *fatto, che serve a determinare il diritto*.

Da ciò consegue che alla prova dell'uso si applicano i principî che regolano la determinazione del *diritto*, ossia della norma giuridica da applicarsi, non quelli che regolano l'accertamento del fatto, a cui la norma deve essere applicata. Pertanto:

a) poichè la determinazione del diritto deve essere fatta d'ufficio dal giudice sugli elementi da lui raccolti (*iura novit curia*), mentre l'accertamento del fatto avviene sugli elementi forniti esclusivamente dalle parti (*iudex iudicare debet secundum alligata et probata*) l'accertamento dell'uso, che fa parte della determinazione del diritto, è rimesso alla libera iniziativa del giudice. Il quale perciò non solo può procurarsi d'ufficio tutti gli elementi che crede necessari per l'accertamento dell'uso, ma può altresì applicare senz'altro l'uso, di cui abbia notizia (1);

b) l'accertamento dell'uso, non essendo l'accertamento del fatto della causa, non si applicano alla prova dell'uso le regole sull'*onere della prova*. Non si applica la regola che la prova deve essere fornita da chi ha *interesse* all'accertamento di un fatto (*onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui*

---

(1) Conforme Cass. Torino, 13 dicembre 1909 (*Foro ital.*, 1910, I, 304); App. Milano, 7 luglio 1908 (*Ivi*, 1908, I, 1475, con richiami in nota). Inoltre, nella motivazione, Cass. Firenze, 15 luglio 1920 (*Giur. ital.*, 1921, I, 1, 86).

negat) e neppure la regola che chi non fornisce la prova del suo assunto vede rigettata la sua domanda (*actore non probante, reus absolvitur*). Il giudice ha invece l'*obbligo* di applicare l'uso, anche se la prova di esso non è fornita dalla parte che vi ha interesse (1);

c) la violazione o la falsa applicazione dell'uso può essere dedotta come motivo di cassazione, perchè violare o male applicare un uso, non significa apprezzare male il fatto, a cui si deve applicare la norma (còmpito questo riservato esclusivamente ai giudici del merito), ma significa violare o male applicare la norma giuridica, di cui l'uso costituisce il contenuto (2). Questa regola non offre difficoltà pratiche quando l'uso sia stato già accertato dal magistrato di merito e si censuri in Cassazione solo la sua interpretazione ed applicazione.

Ma che dovrà dirsi quando l'esistenza dell'uso sia per la prima volta dedotta in Cassazione? O quando si censuri in Cassazione una sentenza per avere a torto affermata l'esistenza di un uso? La questione in questo caso si complica per la natura della Cassazione, che, nel nostro ordinamento giudiziario, essendo chiamata a giudicare unicamente del diritto, appare disadatta a istituire indagini di fatto. Invero un procedimento probatorio davanti alla corte di Cassazione, regolato dalla legge, non esiste, e bene spesso non si saprebbe

---

(1) Questa regola è la conseguenza della precedente. Il giudice può conoscere gli usi e conoscendoli deve applicarli; e può liberamente accertare gli usi in base a tutti gli elementi di causa. In questo senso deve intendersi l'inapplicabilità delle regole sull'onere della prova, come è spiegato nel testo. Ma se la prova dell'uso si rende necessaria, spetterà a colui che invoca l'esistenza dell'uso a sostegno del proprio diritto di darne la prova. Non potrebbe il giudice imporre di provare l'inesistenza dell'uso alla parte avversa. In questo senso la sentenza della Corte di cassazione di Firenze, citata nella nota precedente.

(2) Conf. Cass. Torino, 29 marzo 1913 (*Giur. ital.*, 1913, I, 1, 586); Cass. Firenze, 17 novembre 1913 (*Ivi*, 1914, I, 1, 10, con richiami in nota); e da ultimo, implicitamente, distinguendo nettamente tra usi di affari e usi richiamati dall'art. 1° all'effetto del sindacato della Corte di cassazione sulla pretesa erroneità di interpretazione, la Corte di cassazione del Regno, 30 gennaio 1926 (sentenza n. 307, inedita), e anche 12 luglio 1926 (sentenza n. 2318, inedita).

in qual maniera procedere per accertare l'esistenza dell'uso in Cassazione. Non neghiamo la difficoltà, ma essa non ci sembra tale da vulnerare il principio. Vi sono certamente *talune* indagini di fatto, che la Cassazione non può compiere (per es., procedere ad un esame testimoniale, ordinare una perizia) o, per essere più esatti, che la Cassazione non può compiere con un procedimento uguale od analogo al procedimento che si segue davanti ai giudici di merito (sarebbe, ad esempio, però concepibile che la Cassazione sentisse in camera di consiglio la testimonianza o il parere di esperti commercianti). Ma è altrettanto certo che vi sono molte indagini di fatto, che la Cassazione può compiere, precisamente tutte quelle che si riducono ad un esame di *documenti*, e che anche in altri casi la Cassazione compie (ad es., per la tassazione delle spese, codice di proc. civ., art. 541, 542). In conclusione, si può dire che anche la Cassazione può procedere a indagini di fatto per l'accertamento dell'uso, nei modi e nelle forme compatibili col suo ordinamento (1);

d) non sono ammissibili per l'accertamento dell'uso, quei mezzi probatorî, i quali si fondano sulla *dichiarazione* dell'interessato, come la *confessione*, il *giuramento*, o che mirano ad ottenere una dichiarazione dell'interessato, come l'*interrogatorio*. Il *principio dispositivo*, su cui questi istituti si basano, vale per il fatto della causa, non per il diritto, per cui vale invece il *principio officioso*, e rispetto al quale, perciò domina, anzichè la volontà delle parti, l'iniziativa e il libero apprezzamento del giudice. Dato perciò che la prova dell'uso appar-

(1) Quanto diciamo nel testo non contrasta con la natura della Cassazione. È giurisprudenza fermissima, per esempio, che la Corte di cassazione in materia di competenza è giudice anche di fatto: sicchè può esaminare e apprezzare in merito tutti gli elementi della causa al fine, per es., di stabilire il luogo dell'esecuzione stabilito nel contratto per decidere anche della competenza territoriale: vedasi, da ultimo, Cass. del Regno, 27 aprile 1925, 7 luglio 1925, sentenze n. 1248 e 2083, inedite (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Competenza*, n. 355 e 462). Come quindi in materia di competenza non è interdetta alla Corte di cassazione la valutazione delle prove raccolte, così egualmente, ai fini dell'accertamento di una norma obiettiva da applicare, non potrà esserle vietato non solo l'esame dei documenti, ma anche la valutazione di merito di altre prove già raccolte, non escluse quelle testimoniali.

tiene alla determinazione del diritto, ne deriva che non sono per essa concepibili quei mezzi, i quali sostituiscono all'*accertamento* del fatto la sua *ammissione* da parte dell'interessato (1).

37. Circa i diversi *mezzi di prova*, a cui il giudice può ricorrere, per accertare l'esistenza dell'uso, non si deve dimenticare che l'uso è un fatto o fenomeno non *individuale*, ma *sociale*, è un fatto complesso, risultante da una quantità di fatti singoli e individuali. I mezzi pertanto, mediante i quali può il giudice accertarsi dell'esistenza dell'uso, si possono classificare in due categorie:

a) Mezzi di *conoscenza diretta dell'uso*, mediante i quali il giudice apprende direttamente e personalmente l'esistenza dell'uso. Essi implicano che il giudice si accerti dei *singoli fatti* individuali, il cui complesso costituisce quel fenomeno sociale, che si chiama *uso*. Alla conoscenza dei singoli fatti può condurre l'esame d'un gran numero di *contratti*, in cui una data clausola sia ripetuta; la *testimonianza* di coloro che nei singoli casi praticarono l'uso; l'*esperienza personale*, che abbia il giudice del frequente ripetersi, nel mondo degli affari, di un determinato comportamento (è questo infatti uno dei campi in cui la *scienza privata* del giudice può essere più utilmente chiamata in ausilio). Spetterà poi al giudice valutare l'importanza complessiva, come fatto o fenomeno sociale, dei singoli fatti individuali, di cui è venuto a conoscenza.

b) Vi sono poi i *mezzi di conoscenza indiretta* dell'uso, che si riassumono tutti nella *attestazione* o *testimonianza* di persone esperte e pratiche degli affari commerciali, le quali affermano l'esistenza del fenomeno sociale chiamato uso. Queste attestazioni possono essere di vario genere, e le distingueremo alla lor volta in:

1° *attestazioni precostituite*, fra cui poniamo: *le raccolte delle Camere di commercio; le antecedenti decisioni giudiziarie; le opinioni degli scrittori di diritto commerciale* (2);

---

(1) Cfr. App. Venezia, 4 marzo 1902 (*Temi*, 1902, 249).

(2) È superfluo avvertire che, includendo tra i *mezzi di prova* le decisioni giudiziarie, non intendiamo affermare che la decisione del giudice sia elemento essenziale per l'esistenza della consuetudine. Il giudice, nel

2° *attestazioni semplici* o *testimonianze*, fra cui poniamo: le attestazioni giudiziali fatte nella forma delle *testimonianze* ordinarie; le attestazioni giudiziali fatte nella forma delle *perizie* da usarsi quando si tratti di materie tecniche o che richiedano cognizioni speciali; le attestazioni *stragiudiziali* (*certificati e atti di notorietà*).

Un'avvertenza importante da farsi, circa l'apprezzamento di tutti questi mezzi di conoscenza indiretta dell'uso (che sono del resto i più frequentemente usati e spesso i soli possibili), è che il giudice deve andare molto cauto nell'accettarne i risultati; anche quei mezzi, che sembrerebbero i più attendibili, spesso lo sono poco o punto. Così, ad esempio, *le raccolte delle Camere di commercio;* spesso le Camere, male interpretando la legge che commette loro l'incarico di raccogliere e pubblicare gli usi, si arrogano il còmpito, non già di *accertare* gli usi esistenti, ma di *dettare* o *creare* norme, da imporsi come norme d'uso. Ora questa potestà di creare norme giuridiche le Camere di commercio non l'hanno. Si deve quindi, anche nelle raccolte delle Camere, esercitare una

---

nostro diritto, accerta l'uso che preesiste e lo applica, ma non lo crea. Le opinioni concordi degli scrittori costituiscono, anche esse, mezzi idonei a formare il convincimento del giudice.

Si avverta peraltro che con ciò non s'intende stabilire alcuna graduatoria di attendibilità fra i mezzi di prova che indichiamo nel testo. Nel diritto processuale moderno non esiste un ordine legale tra le prove. Spetta al giudice valutare i varî elementi probatorî per formarsi, in base ad essi, il proprio convincimento, senza essere vincolato da regole prestabilite. La maggiore o minore rilevanza di un elemento, in confronto di altri, varia secondo le circostanze e non vi sono norme aprioristiche da fermare. Del tutto vana ci sembra quindi la disputa sollevata dal Bolaffio (*Comm.*, vol. II, pag. 111, nota 2), sul posto da assegnare, nella graduazione dei mezzi di prova, all'opinione degli scrittori, contestando l'espressione del Vivante (*Tratt.*, vol. I, pag. 59), essere essi da considerare come « organi viventi della coscienza giuridica nazionale »; a ciò oppone il Bolaffio « la maggiore rilevanza dell'attestazione di coloro che osservano gli usi in confronto di quelli che li studiano e li espongono con criterio dottrinale, che potrebbe anche essere un preconcetto scientifico ». A nostro avviso non è da discutere *a priori* quale dei due elementi debba prevalere sull'altro: la discussione potrà essere fatta solo caso per caso e il giudice secondo le circostanze speciali trarrà il suo convincimento dall'uno o dall'altro elemento probatorio.

severa critica e distinguere le norme, che rappresentano veri usi, da quelle, che sono semplici creazioni arbitrarie delle Camere stesse (1). Il che non toglie che se per caso, qualcuna di queste regole imposte, sia stata adottata e si sia diffusa come usuale, possa, *a questo titolo*, e non per il solo fatto che è scritta nella raccolta, considerarsi come obbligatoria a termini dell'art. 1° codice di commercio.

§ 13. Interpretazione del diritto commerciale.

Sommario: 38. Criteri di interpretazione. Importanza particolare dell'elemento pratico nell'interpretazione del diritto commerciale. Conseguenze che ne derivano. — 39. Il problema delle lacune nel diritto commerciale. Quando può dirsi che vi sia una lacuna. — 40. L'interpretazione analogica delle leggi commerciali. Deve precedere alla applicazione del diritto civile. Interpretazione analogica di questo, per la determinazione di principî generalissimi.

38. Non intendiamo di esporre qui la dottrina generale della interpretazione delle leggi (2); intendiamo accennare

---

(1) Vi sono diverse pubblicazioni degli usi delle Camere di commercio: Calamandrei, *Gli usi del commercio italiano*, Firenze 1899; Trespioli, *Gli usi mercantili*, Milano 1907; e le pubblicazioni apparse nella *Rivista di diritto commerciale*. Con la legge 20 marzo 1910, n. 121, fu attribuito ufficialmente alle Camere di commercio il còmpito di raccogliere gli usi e di pubblicare e rivedere periodicamente le raccolte. Indubbiamente, come diciamo nel testo, queste raccolte hanno una certa attendibilità. Ma sarebbe quindi erroneo dedurre dalla legge del 1910 che le raccolte della Camera di commercio facciano piena prova, contro della quale non sia ammessa alcuna prova contraria, come pure fu sostenuto ripetutamente: Cassazione Torino, 2 marzo 1918 (*Mon. trib.*, 1918, 567); Id., 4 marzo 1918 (*Rivista di dir. comm.*, 1918, II, 512); Id., 8 marzo 1921 (*Ivi*, 1922, 164). Nel senso del testo, che cioè la certificazione degli usi da parte delle Camere di commercio è sorretta da presunzione, contro della quale può ammettersi la prova testimoniale: Cass. Napoli, 28 novembre 1922 (*Corte di appello*, 1923, 332). Nello stesso senso si è pronunciata la Corte di cassazione del Regno con sentenza 28 aprile 1925 (n. 1276, inedita) (*Repertorio del Foro ital.*, 1925, voce *Consuetudine*, n. 4), e Scialoja, *Le fonti*, n. 30, pag. 297 testo e nota 1.

(2) *Letteratura:* A. Scialoja, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*, nei *Saggi di vario diritto*, I, Roma 1927, n. 38 e segg.,

soltanto alle particolarità che presenta l'interpretazione delle leggi commerciali e in generale del *diritto commerciale.*

Dei due elementi, che nel processo dell'interpretazione concorrono a determinare il contenuto e la portata esatta della *volontà collettiva* dichiarata nella norma, e che sono, come è noto, l'elemento storico e l'elemento pratico (1), quest'ultimo è di gran lunga più importante nell'interpretazione del diritto commerciale.

Non negheremo certo la grande importanza dell'elemento storico nella interpretazione del diritto commerciale. Vogliamo solo porre in rilievo la *particolare* importanza che ha l'ele-

---

pag. 308-327; CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni;* ID., *Sulla dottrina generale dell'interpretazione delle leggi;* V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi,* in *Studî per* SCHUPFER, vol. III; ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali,* in *Arch. giur.,* 1906, 91; PIOLA-CASELLI, *Interpretazione delle leggi,* in *Digesto italiano;* DEGNI, *L'interpretazione della legge,* 2ª ediz., Napoli 1909; FADDA e BENSA, *Annotazioni alle Pandette del Windscheid,* vol. I, pag. 118 e seg.; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris 1899; *Science et technique en droit privé positif,* Paris 1914-1924; KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen,* 1896; DANZ, *Die Auslegung im Recht,* 1897; BRUTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung,* 1907.

(1) Su questa distinzione, vedi specialmente: MENGER, *System des oesterreichischen Civilprozessrechts,* Wien 1876, pag. 107 e seg. L'interpretazione storica in senso lato considera la legge come un fatto storico, come un documento storico qualunque, e ha per oggetto la ricostruzione della volontà contenuta nella legge, come era al momento, in cui la legge fu emanata. Essa comprende perciò: 1° la valutazione del significato delle parole, con cui la norma giuridica è espressa, secondo l'uso comune del linguaggio, e secondo l'uso che ne fa la legge stessa (interpretazione *letterale* o *grammaticale*); 2° la ricerca del pensiero di coloro che contribuiscono alla formazione della legge (studio dei *lavori preparatorî*); 3° lo studio dei precedenti storici della legge e della evoluzione giuridica, che mise capo alla sua formazione. L'elemento pratico, invece, ci fornisce i mezzi per intendere nella sua portata attuale la volontà manifestata nella legge. La legge invero non è un fatto storico semplicemente, che si possa studiare all'infuori di noi e della presente vita sociale, ma, per dirla con una frase immaginosa del WACH (*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts,* Leipzig 1885, pag. 357), è una volontà avente un'efficacia continuativa, è una forza costantemente viva. La legge è giuridicamente espressione di una volontà collettiva, e precisamente della volontà della persona giuridica *Stato:* come volontà dello Stato, la legge è un atto di volontà *immanente,* sempre vigile e viva, non una volontà transeunte.

mento *pratico* nel campo del diritto commerciale, in confronto degli altri campi del diritto. Questa particolare importanza dipende dalla natura stessa del diritto commerciale che regola rapporti in continua formazione ed evoluzione, per cui la norma giuridica esistente *non fu* scritta e a cui va invece *adattata*.

Questa condizione di cose, nel campo del diritto commerciale, ha un doppio ordine di esigenze particolari, rispetto all'interpretazione.

I nuovi atteggiamenti dei fenomeni già regolati importano uno studio particolare e approfondito dei fatti sociali regolati dal diritto commerciale, per determinare il vero contenuto *attuale* della norma. È molto interessante dunque, sotto questo aspetto, lo studio dei fenomeni economici regolati dal diritto commerciale, la cui evoluzione modifica spesso profondamente il significato e il valore di una norma posta, quando tale evoluzione non era compiuta.

I nuovi fenomeni non ancora regolati importano, da un canto lo studio della loro natura economica e delle esigenze che essa pone al diritto, dall'altra un sottile lavorìo di interpretazione, per colmare le lacune che, di fronte ad essi, presenta il diritto commerciale vigente.

E questo punto merita particolare attenzione.

39. Il diritto commerciale è un diritto *pieno di lacune*, eminentemente frammentario. Lo stesso art. 1° del codice lo confessa, anzi prevede come *normale* questa ipotesi di una lacuna e determina il modo, con cui provvedervi. « In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili... In mancanza si applica il diritto civile ».

Questa frequenza di lacune rende sommamente interessante un grave problema di interpretazione: quello della estensione analogica nel campo del diritto commerciale.

La frammentarietà delle norme di diritto commerciale rende ben difficile e delicata la posizione dell'interprete. In un campo, in cui la lacuna è la regola, l'applicazione delle norma ha tutta la larghezza, e anche tutta la difficoltà, dei diritti non codificati.

Nell'assolvere questa parte difficile del suo còmpito il commercialista, che già nello studio della realtà dei fenomeni sociali, aveva assunto la veste dell'economista e del tecnico, deve indossare quella rigida e austera del giurista. Solo a questo patto egli potrà inquadrare solidamente la decisione del caso non regolato nel sistema del diritto vigente, evitando le soluzioni cerebrine, dannose alla certezza del diritto e destinate a perire con la fortuna di chi le ha propugnate.

In questa delicata indagine due problemi si presentano. Quando vi è una lacuna? Come si deve colmare la lacuna? Il primo problema, sebbene non posto neppure chiaramente, è di una grande importanza pratica e di una soluzione tutt'altro che agevole. Noi vediamo, infatti, che in casi almeno apparentemente analoghi, il silenzio della legge commerciale è interpretato ora come *lacuna*, da colmarsi con gli usi e col diritto civile, ora come *disposizione tacita od implicita*, escludente l'applicazione delle fonti sussidiarie. Così il silenzio del codice sulla capacità a compiere atti singoli di commercio, fuori dei casi degli art. 10 e 14, quest'ultimo ora abrogato, è interpretato come *lacuna*, e tale capacità si ritiene regolata dal diritto civile. Invece il silenzio del codice, sulla possibilità di iniziare il commercio in nome del minore, si interpreta come tacito divieto, escludendo l'applicazione dell'art. 220 codice civile. Così il silenzio del codice sull'esercizio del commercio da parte degli inabilitati si considera lacuna, da colmarsi col diritto civile. Invece il silenzio del codice sulla capacità della moglie commerciante a compiere atti, in cui vi sia collisione di interessi col marito, prima della legge 17 luglio 1919, art. 1176, che abolì l'autorizzazione maritale, era da taluno interpretato come pieno riconoscimento della capacità della moglie, mentre da altri era considerata lacuna da colmarsi con l'art. 136 codice civile. Così, infine, il silenzio dell'art. 44 del codice di commercio sui requisiti di forma occorrenti per gli atti enumerati dall'art. 1314 codice civile è da qualche interprete considerato come lacuna, che implica l'applicabilità dell'art. 1314 anche in materiale commerciale, mentre da altri quel silenzio è ritenuto una *disposizione tacita od implicita*, consacrante il principio della libertà delle

forme in materia commerciale, di fronte al quale è escluso ogni ricorso al codice civile. E così si potrebbero moltiplicare gli esempi. Non poche questioni, infatti, che tengono divisa la dottrina e la giurisprudenza nel campo del diritto commerciale hanno la loro radice nel diverso concetto che gli interpreti si formano delle *lacune* nelle leggi commerciali. Io sono convinto che una lacuna nelle leggi, e ciò che si dice per le leggi, vale egualmente per gli usi commerciali, non possa dirsi ancora accertata, fino a che dal complesso delle norme di diritto commerciale si possa, per analogia, desumere una norma atta a disciplinare anche il caso non espressamente regolato. Per l'art. 1° del codice di commercio si applicano gli usi se le leggi commerciali *non dispongano*, si applica il diritto civile, se le leggi commerciali *non dispongano* e *manchi* una norma consuetudinaria. Ora non può dirsi che la legge scritta non disponga, quando è possibile l'estensione analogica.

40. Mediante l'analogia non si creano norme nuove, ma si mettono in luce norme già esistenti nel sistema, con un processo, che consiste nel desumere dalla norma espressa per il caso regolato, una norma più generale, da quella presupposta e quindi tacitamente voluta dal legislatore, che comprende il caso regolato e quello non regolato. Questa norma generale implicita nella norma speciale espressa, è bene una *disposizione*, ed una disposizione la quale, desunta dalle norme di diritto commerciale scritto, impedisce l'applicazione sia degli usi, sia del diritto civile e, desunta dagli usi, vieta pur sempre che si passi al diritto civile.

Una osservazione d'indole esegetica, che conferma questa interpretazione, balza fuori del resto anche da un confronto fra l'art. 1° codice di commercio e l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile. Nell'art. 3, in cui si vuol veramente contemplare il caso di mancanza di una disposizione *espressa*, si usa la formula « qualora una controversia non possa decidersi con una *precisa* disposizione di legge », il che vuol dire appunto con una disposizione espressa. Nell'art. 1° del codice di commercio si dice soltanto che la norma consuetudinaria si applica « qualora le leggi commerciali *non dispongano* » e che il diritto civile si applica « in mancanza di usi

mercantili ». Là, dunque, si esige proprio la mancanza di una disposizione esplicita; qui, la mancanza di una *qualunque* disposizione *esplicita* o anche *implicita*, cioè desumibile per analogia. E non mi par giusta la obiezione che a questo modo di concepir le lacune del diritto commerciale venne mossa con l'osservare che « se si dovesse considerare l'insieme delle disposizioni delle leggi e degli usi commerciali come un complesso organizzato e completo di norme da applicarsi con tutti i mezzi di interpretazione consentiti dall'art. 3 delle disposizioni preliminari, si annullerebbe il disposto dell'art. 1° codice di commercio, che pure prevede l'applicazione del diritto civile, perchè i principî generali commerciali risultanti da un complesso sistematico di norme, dovrebbero essere, almeno teoricamente, sufficienti a colmare qualunque lacuna » (1). Non occorre punto, mi sembra, considerare il complesso delle leggi e degli usi commerciali come un complesso sistematico di norme, per affermare che non può dirsi constatata in esse una lacuna da colmarsi col diritto civile, se prima non sia esaurita anche l'interpretazione analogica. Anche in una legislazione frammentaria, come la commerciale, vi è posto per l'analogia, tanto di legge, quanto di diritto, e vi è posto, io credo, pure per i principî generali, giacchè non è detto che in un complesso, sia pure non sistematico, di norme, non si possa, mediante appunto il procedimento dell'analogia, guadagnare norme generalissime, comuni a tutto il complesso e valevoli per tutta la materia da questo regolata. E, infatti, principî generali di diritto commerciale vi sono, e ormai comunemente ammessi; basta ricordare le regole: « nessuna prestazione si presume gratuita »; « il danaro si presume sempre fruttifero »; « nel dubbio si devono favorire quelle soluzioni che rendono più agevole la circolazione »; « ognuno può validamente contrattare a beneficio d'un terzo » e altre ancora, le quali provano che il diritto commerciale ha i suoi principî generali, così come li ha il diritto civile, il diritto amministrativo, il diritto penale, il diritto processuale e via dicendo (2).

---

(1) A. Scialoja, *Fonti* cit., n. 47, pag. 319.
(2) Vedi A. Scialoja, *Fonti*, n. 49, pag. 324.

È dunque possibile far precedere l'applicazione delle norme desunte per analogia dalle leggi commerciali e i principî generali di diritto commerciale all'applicazione del diritto civile, senza distruggere l'art. 1º cod. di commercio, perchè malgrado l'analogia, malgrado i principî generali, rimarranno pur sempre nelle leggi commerciali, e più ancora negli usi commerciali, tante lacune da rendere necessario e frequente il ricorso al diritto civile.

Il primo còmpito del commercialista, invero, quello di mettere a profitto in ogni modo le leggi commerciali prima, le consuetudini commerciali poi, per desumerne, mediante il processo di generalizzazione proprio dell'analogia, quante più norme è possibile di carattere direttamente commerciale, questo primo còmpito, io dico, non esclude punto l'altro, ancora più arduo, che consiste nel colmare le lacune, ormai accertate, mediante l'applicazione del diritto civile. Questo secondo còmpito è anche più arduo, perchè il commercialista deve non solo assumere la veste del civilista, ma ha spesso bisogno di andar più in là di quanto non andrebbe lo stesso civilista. È infatti molto frequente che, di fronte a rapporti sociali in continua evoluzione come i rapporti commerciali, le norme espresse del diritto civile si palesino insufficienti, e sia necessario, col processo di generalizzazione inerente all'estensione analogica, spingersi più in là di quanto occorra per regolare i più semplici e più stabili rapporti della vita civile. La legge civile è certamente, rispetto alla materia commerciale, più insufficiente e più incompleta, di quello che non sia, di fronte alla materia propriamente civile, per un doppio motivo; perchè essa non contiene una regolamentazione apposita dei rapporti commerciali, e perchè col più rapido trasformarsi della vita commerciale, essa rappresenta, per la materia di commercio, una legislazione comparativamente assai più vecchia. Non si pecca di irriverenza verso l'opera veramente insigne della nostra codificazione civile, dicendo che il codice civile del 1865 rispecchia condizioni di vita veramente arcaiche, di fronte allo stato odierno del commercio e dell'industria. Ora, quanto più grave è il distacco tra le norme scritte e i rapporti che esso deve regolare, tanto meno stretta diventa l'analogia tra i casi regolati e i nuovi

da regolare. Ciò importa che il procedimento della estensione analogica, necessario per applicare la legge vecchia ai casi nuovi, si complichi e si faccia più delicato. La ricerca, per via di induzione e di generalizzazione, della norma atta a regolare l'ipotesi nuova, deve prendere a base non una sola, o alcune singole norme, ma un numero cospicuo di norme, tante cioè quante sono necessarie per determinare una categoria di casi così ampia da comprendere il caso nuovo, e simile ad un'altra categoria comprendente casi, taluno dei quali espressamente regolato. Allora soltanto si può, applicando il processo dell'analogia *iuris*, dal singolo caso regolato, desumere prima la norma generale valevole per tutta la categoria, e poi da questa, con una nuova generalizzazione, risalire ad un'altra norma più generale ancora, che comprenda non solo i casi di questa categoria, ma anche quelli dell'altra categoria non regolata affatto. Or questa progressiva generalizzazione, in una materia così nuova come la materia commerciale, può perfino condurre fuori del campo stesso del diritto civile e portare alla determinazione di norme e di principî generalissimi, valevoli per campi diversi del diritto obiettivo e anche comuni a tutto l'ordinamento giuridico (1).

---

(1) Come si desume da quanto è detto nel testo, io dò per dimostrato che le eventuali lacune esistenti nell'ordinamento giuridico, quale risulta dalle *fonti formali* del diritto (le quali, in realtà, si riducono ad una sola: la legge), debbono colmarsi mediante norme desunte dallo *stesso sistema* della legge. Accetto quindi, con la più numerosa ed autorevole dottrina, il principio della *completezza dell'ordinamento giuridico* e la regola che le eventuali lacune del diritto scritto vanno colmate col processo di generalizzazione proprio dell'analogia. V. su ciò specialmente: Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano 1920; Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del* Windscheid, I, pag. 129 e segg.; Coviello, *Manuale di diritto civile*, pag. 82 e segg.; Ferrara, *Trattato di diritto civile*, I, pag. 224 e segg.; Simoncelli, *Istit. di diritto privato*, 3ª ediz., Roma 1921, pag. 84; Barassi, *Ist.*, pag. 41; Dusi, *Ist.*, I, pag. 55; Windscheid, *Pand.*, I, § 23, pag. 107; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig 1895, § 18, pag. 141; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig 1892, pag. 372 e segg., e, prima di tutti, Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, traduz. Scialoja, I, Torino 1886, pag. 296 e segg. L'opinione contraria, che ammette le lacune nell'ordinamento giuridico e crede debbano completarsi con elementi tratti fuori dal diritto positivo (specialmente dal *diritto naturale*)

Ecco dunque come le stesse esigenze pratiche della applicazione e della interpretazione del diritto, richiedono, anche nel campo del diritto commerciale più che altrove, l'uso ampio e frequente del processo di generalizzazione inerente all'estensione analogica. Il commercialista deve, mediante un sapiente lavorìo di induzione, guadagnare concetti e norme generali, non solo nel campo del diritto commerciale propriamente detto, ma anche in quello del diritto civile e giungere perfino alla determinazione di principî generalissimi comuni a tutto il sistema del diritto. Solo mediante questo lavorìo di induzione e di generalizzazione gli sarà possibile regolare, mediante norme desunte dal diritto costituito, la infinita varietà di casi a cui dà luogo la multiforme e sempre varia attività commerciale (1).

---

ha acquistato di recente alcuni autorevoli fautori. V. specialmente: Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto* citato; Brunetti, *Scritti giuridici varî*, III, Torino 1920, pag. 1 e segg.; 30 e segg.; 50 e segg.; *Il diritto naturale nella legislazione civile*, in *Riv. di dir. comm.*, 1922, I, pag. 437 e segg.; Pacchioni, *I principî generali di diritto*, in *Arch. giur.*, 4ª serie, vol. VII (1924), pag. 133 e segg.; R. Luzzatto, *Su l'asserita completezza dell'ordinamento giuridico*, Ferrara 1922; Gény, *Méthodes d'interprétation et sources* cit., vol. I e II, *passim*; Gangi, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, 4ª serie, vol. V (1923), pag. 137 e segg. Questa opinione poggia su premesse giuridiche, politiche e filosofiche, che io respingo nettamente, prima fra le quali la concezione di un diritto non statuale, contraria al concetto moderno dello Stato e della sua sovranità, che deve essere integrale anche nel campo della formazione delle norme giuridiche. V. in questo senso benissimo Ascarelli, nell'*Arch. giur.*, 1925, pag. 240.

(1) Conf.: Vivante, *Trattato*, I, n. 5; Bolaffio, *Comm.*, pag. 37; D'Amelio, *Codice di commercio*, pag. 13, 14; Degni, *L'interpretazione della legge*, Napoli 1909. Contro: A. Scialoja, *Fonti* cit., n. 44; Ghini, *Brevi osservazioni sull'interpretazione della legge nel diritto commerciale*, in *Filangieri*, 1906, pag. 192, e, da ultimo, De Semo, in *Il dir. comm.*, 1925, pag. 1 e segg. È numerosa la giurisprudenza sul punto se una determinata disposizione del codice civile sia o meno applicabile a singoli rapporti commerciali; ma si tratta di decisioni di specie, dalle quali non possono trarsi criterî generali sulla questione discussa nel testo, dato specialmente il diverso carattere delle varie disposizioni del codice civile, come notammo. Così, per es., la Corte di cass. di Roma, con sentenza 12 novembre 1907 (*Foro ital.*, 1908, 16), decise che l'istituto della rescissione per lesione (art. 1529 codice civile) è applicabile anche alle vendite

commerciali di immobili (nello stesso senso: Cass. Torino, 27 marzo 1915: *Riv. di dir. comm.*, 1915, II, 520). A. SCIALOJA, in nota nel *Foro ital.*, loc. cit., approva la decisione ed afferma che la Corte di cassazione ha con essa accolto il criterio di interpretazione da lui sostenuto, escludendo la possibilità di ricorrere all'analogia, prima di passare all'applicazione del codice civile. L'illazione non mi sembra giusta, perchè la questione dell'applicabilità dell'azione rescissoria alla vendita commerciale è variamente risolta dai nostri scrittori, i quali discutono se essa sia o meno compatibile con il carattere delle operazioni commerciali. Sull'argomento si veda: MARGHIERI, *Corso di dir. comm.*, II, 1268; SRAFFA, in *Riv. di dir. comm.*, 1915, II, 520, che escludono l'applicabilità; BOLAFFIO, *Comm.*, n. 33; NAVARRINI, *Trattato* cit., II, n. 501; TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, in *Comm.* dell'Utet, vol. III, 5ª ediz., n. 79 e seg.; CHIRONI, in *Riv. di dir. comm.*, 1916, I, 261, ecc., in senso contrario. Quest'ultimo scrittore ritiene che la norma relativa alla rescissione per lesione sia di ordine pubblico. Ciò dimostra che nella decisione della Corte suprema non si poneva la questione generale di interpretazione. La sentenza non ha quindi autorità sulla questione generale.

Capitolo II.

Contenuto del diritto commerciale: la materia di commercio (Teoria degli atti di commercio).

§ 14. Degli atti di commercio.

Sommario: 41. Determinazione dei rapporti soggetti alla legge commerciale. Enumerazione degli atti di commercio. Carattere dimostrativo della enumerazione. — 42. Se vi sia un concetto unitario dell'atto di commercio. Opinione dominante. Classificazione usuale degli atti di commercio in obiettivi e subiettivi. Critica di tale classificazione. Indagine da istituire. — *Esame analitico degli atti di commercio:* *A*) 43. Gli atti dichiarati di commercio in ragione della loro intrinseca natura. — 44. 1° Atti di interposizione nello scambio delle merci e degli immobili. Compere per rivendere e rivendite. — 45. 2° Atti di interposizione nello scambio del danaro a credito: Operazioni di borsa. — 46. 3° Atti di interposizione nello scambio del lavoro. Imprese. Esame delle singole imprese: *a*) imprese di somministrazione; *b*) imprese di fabbriche e costruzioni; *c*) imprese di manifatture; *d*) imprese di spettacoli pubblici; *e*) imprese editrici, tipografiche e librarie; *f*) imprese di trasporti di persone e di cose; *g*) imprese di commissioni, di agenzie e di uffici di affari. Concetto generale di impresa. — 47. 4° Atti di interposizione nello scambio del rischio. Assicurazioni. Meccanismo delle assicurazioni. Ragioni del loro carattere commerciale. Critica delle opinioni dominanti. — *B*) 48. Analisi degli altri atti commerciali per la loro connessione con una attività commerciale: *a*) operazioni di mediazione in affari commerciali; *b*) depositi per causa di commercio, conto corrente, assegno bancario che hanno causa commerciale; *c*) assicurazioni di cose che sono oggetti o stabilimenti di commercio; *d*) compere e vendite di quote o azioni di società commerciali; *e*) contratti e obbligazioni dei commercianti; *f*) riporto; *g*) cambiali; *h*) operazioni relative alla navigazione; *i*) depositi nei magazzini generali. — 49. Regolamento degli atti di commercio per connessione: *a*) casi in cui la connessione deve essere provata; *b*) casi in cui la connessione è presunta; *c*) casi in cui la connessione è stabilita *ope legis*. — 50. *Concetto generale dell'atto di commercio*, quale risulta dall'analisi

del sistema della legge. Corrispondenza col concetto di commercio. — 51. Classificazione degli atti di commercio: atti commerciali per loro intrinseca natura e atti commerciali per connessione. Degli atti di commercio accessori secondo la dottrina francese e quella italiana. Esame critico. — 52. Definizione dell'atto di commercio secondo il codice. Conseguenze pratiche che ne derivano.

41. Il diritto commerciale, abbiamo veduto, è un diritto speciale o singolare: esso, al pari del diritto civile, regola rapporti privati, ma non tutti i rapporti, bensì solo alcune categorie di essi. È perciò necessario, come in tutte le norme e i complessi di norme di diritto singolare, stabilire con precisione *a quali categorie* di rapporti esso si applica. Questa specificazione è necessaria, perchè, come più volte si è accennato, mal si definirebbe il contenuto del diritto commerciale, se si dicesse semplicemente che esso si applica ai rapporti *commerciali*. La determinazione, così fatta sarebbe insufficiente, per la doppia ragione, che essa implicherebbe il rinvio ad un concetto economico disputato e ambiguo, come l'idea del commercio, e che non abbraccerebbe, in realtà, tutta la sfera di rapporti, ai quali effettivamente il diritto commerciale si applica. La legge dunque ha sentito il bisogno di un'ulteriore specificazione, e in una serie di articoli (3, 4, 5, 6, 54) ha determinato con precisione a quali rapporti il diritto commerciale si applica, quale, in altri termini, è il *contenuto sociale* del diritto commerciale o, come di solito si dice, la *materia di commercio*. Questa necessità è stata sentita da tutte le legislazioni commerciali, che tutte, mediante alcune norme delimitative, provvedono a determinare le varie categorie di rapporti rientranti sotto la disciplina giuridica del diritto commerciale. Citiamo fra le altre, il *code de commerce* (art. 632-638), il codice di commercio *germanico* (§§ 1, 2, 3, 4, 6, 343, 344, 345); il codice di commercio *austriaco* (§§ 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277). Il problema del *contenuto* del diritto commerciale è dunque un problema *di diritto positivo* perchè spetta appunto alla legge speciale o singolare determinare quali rapporti sociali essa intende regolare in modo speciale (1).

(1) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Handb.*, I, 477, e, in sostanza, anche MANARA, *Atti di commercio*, n. 24.

Il codice italiano, nelle sue norme *delimitative*, sopra ricordate, prende a base, per la determinazione dei rapporti, a cui debbono applicarsi le ulteriori norme *regolatrici* di diritto commerciale, il concetto dell'*atto di commercio*. In altri termini la legge, per determinare i *rapporti* che debbono essere regolati dal diritto commerciale, ha riguardo all'attività, al *fatto umano volontario*, da cui i rapporti derivano.

Atto di commercio è dunque l'*attività che dà luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale* (1). Come già avvertimmo

---

(1) *Letteratura:* VIDARI, *Corso*, I, n. 34 e segg.; VIVANTE, *Trattato*, I, n. 29 e segg.; BOLAFFIO, *Comm.*, n. 17 e segg.; FRANCHI, *Comm.*, n. 21 e segg.; MARGHIERI-SCIALOJA, *Dir. comm.*, I, n. 79 e segg.; D'AMELIO, *Cod. di comm.*, pag. 22 e segg.; CIPELLI, *Teoria giuridica degli atti di commercio*, Parma 1870; PAPA D'AMICO, *Teoria sociologica e giuridica del commerc.* (*Arch. giur.*, XXXI, 1883, 3 e segg.); RUGGERI, *Gli atti di commercio nel nuovo codice*, Messina 1883; MANARA, *Gli atti di commercio secondo l'art. 4 del vigente codice di commercio*, Torino 1887 (monografia molto pregevole); ANGELONI, *Osservazioni sull'art. 4 del codice di commercio*, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1908; MAGRI, *Delle recenti teoriche sulla ripartizione degli atti di commercio*, negli stessi *Annali*, 1908; MAGRI, *Le materie commerciali nella legislazione italiana*, Bologna 1910; ARCANGELI, *Nozione giuridica di commercio*, in *Riv. di dir. comm.*, 1914, I, 581 e segg.; ROCCO, *Saggio di una teoria generale degli atti di commercio* (*Riv. di dir. comm.*, 1916, I, 81) e *Ancora per una teoria generale degli atti di commercio* (*Ivi*, 1924, I, 109); ABELLO, *Gli atti oggettivi di commercio. Contributo alla teoria generale degli atti di commercio* (*Diritto commerciale*, 1918, 221); VIVANTE, *Un nuovo raggruppamento degli atti obbiettivi di commercio* (*Riv. di dir. comm.*, 1919, I, 145); PAGANI, *Sull'art. 4 del codice di commercio* (*Diritto commerciale*, 1920, 328); SOPRANO, *Atti di commercio fondamentali e ausiliari. Contributo alla classificazione degli atti di commercio* (*Ivi*, 1921, 203); PICCHIO, *Contributo alla determinazione del concetto d'impresa secondo l'art. 3 del codice di commercio* (*Riv. di dir. comm.*, 1921, I, 647); THÖL, *Handelsrecht*, I, § 14 *a;* ANSCHÜTZ u. VON VÖLDERNDORFF, *Handelsgesetzbuch*, III, pag. 5 e segg.; GOLDSCHMIDT, *Handb.*, I, §§ 42, 47 e segg.; ENDEMANN, *Handelsrecht*, § 9; GAREIS u. FUCHSBERGER, *Handelsgesetzbuch*, pag. 584 e segg.; BEHREND, *Lehrb.*, § 22 e segg.; STAUB, *Komm.*, I, pag. 24 e segg.; COSACK, *Lehrb.*, §§ 7 e 10; LEHMANN, *Lehrb.*, §§ 14 e 16; RITTER, *Komm.*, pag. 2 e segg.; DÜRINGER u. HACHENBURG, *Handelsgesetzbuch*, I, § 1; WOLFF, *Ueber einige Grundbegriffe des Handelsgeschäft*, Göttingen 1907 (Si avverta però che questi ultimi autori, che scrivono sotto l'impero del nuovo codice di commercio germanico del 1897, trattano più propriamente delle *industrie commerciali*, che, secondo la legge, sono sufficienti ad attribuire, a chi le esercita, la qua-

nè gli atti, che la legge considera come manifestazione della attività mercantile, nè i rapporti che ne derivano, sono, in queste prime norme delimitative del codice, atti *giuridici*, nè rapporti *giuridici;* sono ancora forme di attività *sociale* e rapporti *sociali:* giacchè i rapporti regolati dal diritto, prima di diventare rapporti giuridici per effetto delle norme che li regolano, sono appunto soltanto rapporti sociali.

Sotto questo punto di vista l'atto di commercio non è ancora un atto giuridico, ma è semplicemente un'azione umana, che viene considerata sotto l'aspetto *sociale*, e, più precisamente, sotto l'aspetto economico (1). Questo spiega come un unico atto di commercio normalmente consti di una *serie* di atti giuridici, i quali, sotto il punto di vista puramente giuridico, sono atti indipendenti ed autonomi, ma, dal punto di vista sociale od economico, sono tra loro strettamente connessi. Ed è da avvertire fin d'ora che questa connessione economica non è senza influsso anche sulla valutazione giuridica dei singoli atti.

La legislazione italiana nelle sue disposizioni delimitative della materia commerciale, non dà una definizione sintetica

---

lità di commerciante); RANDA, *Oesterr. Handelsrecht,* I, § 6; PARDESSUS, *Droit comm.*, I, n. 7-19; MASSÉ, *Droit comm.*, I, pag. 2, n. 1380 e segg.; BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, *Traité*, I, pag. 105; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, I, pag. 80 e seg.; BOISTEL, *Comm.*, pag. 25 e seg.; THALLER, *Traité élémentaire*, pag. 6 e seg.; BESLAY, *Des actes de commerce*, Paris 1865; APPERT, *Des actes de commerce terrestres*, Paris 1897; DUCHANGE, *Des actes de commerce par relation*, Paris 1900; ACHER, *De la notion juridique des actes de commerce et des commerçants*, in *Revue générale du droit*, 1904.

(1) Malgrado qualche incertezza nella formulazione, è questo il concetto accolto dalla dottrina dominante, vedi VIVANTE, *Trattato*, 4ª ed., I, n. 30 e 31; più nettamente nella 5ª ed., n. 29, in fine, e 31; FRANCHI, *Comm.*, n. 22, testo e nota 4; ARCANGELI, *Natura commerciale delle operazioni di banca*, 1904, I, 44, nota 5; MAGRI, *Le materie commerciali*, pag. 9 e 10; D'AMELIO, *Cod. di comm.*, n. 4. Contro MANARA, *Atti di comm.*, n. 20. Del resto in tal senso si erano già pronunciati i lavori preparatorî: Relazione MANCINI: «è preferibile il concetto di attribuire natura di atti di commercio a tutte quelle operazioni, che, *per la loro essenza nell'ordine economico* e nell'opinione generale, costituiscono una manifestazione dell'attività commerciale» (in CASTAGNOLA e GIANZANA, *Fonti e motivi*, I, pag. 205).

dell'atto di commercio, ma enumera una serie di attività, che essa qualifica come commerciali. Si tratta di non meno di *ventisette* categorie di atti considerati come atti di commercio (art. 3, 4, 5, e 6): ossia come attività, da cui hanno origine rapporti regolati dal diritto commerciale.

Questa, e non altra, è la portata delle disposizioni sugli atti di commercio, con cui si apre il codice. La legge, qualificando un determinato atto come commerciale, non fa che assoggettare al diritto commerciale i rapporti, che ne derivano. Che ciò avvenga *qualche volta* in base ad una presunzione, è vero, come si vedrà tra breve. Ma la norma, che sottopone al diritto commerciale un certo gruppo di rapporti, non sempre e necessariamente, contiene una presunzione: di per sè, anzi, è una disposizione direttamente statuente, o una disposizione integrativa o completiva di altre vere ed autonome norme giuridiche, direttamente statuenti, delle quali, pertanto, fa parte. Quindi la frase: « la legge *reputa* atti di commercio » contenuta in alcuni degli articoli citati (1), non implica, per sè, alcuna presunzione.

Ciò non vuol dire che l'esistenza di presunzioni sia esclusa in queste disposizioni: vedremo anzi che un'intera categoria di attività è dichiarata commerciale appunto in base ad una presunzione (gli atti, di cui parla l'art. 4): ciò significa invece soltanto, che *non tutte* le disposizioni, che fanno rientrare nella materia di commercio i rapporti derivanti da una data attività, contengono una presunzione (2).

E dove non vi è presunzione, l'espressione « reputa » con cui la legge, come nell'art. 3, enumera la serie delle attività considerate commerciali, ha, nell'intendimento di coloro che preparano la vigente legislazione commerciale, un altro significato. Essa importa, semplicemente, che alla enumerazione fatta dalla legge si debba, di regola, attribuire carattere *esemplificativo* e non *tassativo*, e che perciò, qualora la particolare natura di singole disposizioni non vi si opponga, possa il carattere commerciale riconoscersi, per via di *estensione*

(1) Art. 3 e 4.

(2) RAMPONI, *Teoria generale delle presunzioni*, Torino 1890, pag. 157; BOLAFFIO, *Comm.*, 2ª ediz., n. 18; D'AMELIO, *Cod. di comm.*, n. 11.

analogica, anche ad altre specie di attività non contemplate dalla legge, purchè abbiano caratteri comuni con quelle ivi contemplate.

Può sembrar strano, a prima vista, che norme, le quali stabiliscono la sfera, di applicazione di un diritto singolare, non siano esse stesse di diritto singolare, ma al contrario, si considerino suscettibili di estensione analogica. La contraddizione, invero, è soltanto apparente, perchè le disposizioni delimitative, non avendo, come norme giuridiche, una esistenza autonoma, ma essendo soltanto integrazione e complemento delle norme intrinsecamente regolatrici, la loro estensione per analogia importa soltanto un allargamento del campo di applicazione delle norme singolari, il che è perfettamente possibile, *purchè la estensione sia tenuta entro limiti tali da non snaturare le norme, a cui si riferiscono*. In altri termini, non è ammissibile che, per via di estensione analogica, le disposizioni determinative vengano a capovolgere la relazione, quantitativa, in cui i rapporti regolati dal diritto singolare stanno con quelli regolati dal diritto comune. Ma non può essere escluso, che senza giungere in questo completo capovolgimento, le disposizioni determinative si estendano anche ad altri rapporti, oltre quelli in esse contemplati. È soltanto questione di misura. L'estensione sarà possibile, *ma a patto che essa non venga a mutare il carattere delle vere ed autonome norme regolatrici*. Destinate a determinare la sfera di applicazione di un complesso di norme singolari, le disposizioni determinative non possono mutare la natura di queste, e distruggere così il presupposto della loro propria esistenza (1).

---

(1) Sul carattere puramente esemplificativo della enumerazione contenuta nell'art. 3 la dottrina italiana è concorde: VIDARI, *Corso*, 5ª ediz., I, n. 39-41; VIVANTE, *Trattato*, I, n. 33; FRANCHI, *Comm.*, n. 30; BOLAFFIO, *Comm.*, n. 18; D'AMELIO, *Cod. di comm.*, n. 10; NAVARRINI, *Tratt. teorico-pratico*, I, 109; MANARA, *Atti di commercio*, n. 23; A. SCIALOJA, in *Foro ital.*, 1918, I, 159; MAGRI, *Materie comm.*, pag. 15, nota; MONTESSORI, *Il concetto d'impresa negli atti di comm.* (*Riv. di dir. comm.*, 1912, 517 e 518). Anche la giurisprudenza è unanime in questo senso: App. Venezia, 28 agosto 1883 (*Temi ven.*, 1883, 483); App. Milano, 28 settembre 1888 (*Mon. trib.*, 1889, 151); App. Catania, 6 settembre 1895 (*Giur. cat.*, 1895, 230); Cass. Torino, 24 gennaio 1895 (*Foro ital.*, 1895, I, 497);

Con ciò è dimostrata la *possibilità* dell'estensione analogica delle norme delimitative dell'art. 3, ma non è dimostrata ancora che la legge l'abbia *effettivamente* voluta. A favore di questa soluzione si suole addurre l'argomento non troppo solido dell'intenzione dimostrata dai compilatori della legge

---

App. Torino, 8 aprile 1895 (*Giur. tor.*, 1895, 422); Cass. Palermo, 12 marzo 1896 (*Circ. giur.*, 1896, 112); App. Roma, 10 giugno 1897 (*Foro ital.*, 1897, I, 1125); Cass. Roma, 3 giugno 1897 (*Foro ital.*, 1897, I, 1024); Cass. Roma, 18 ottobre 1898 (*Foro ital.*, 1898, I, 1318); App. Bologna, 6 giugno 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 717); Cass. Torino, 26 maggio 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 1, 804, nella motivazione); Cass. Torino, 30 ottobre 1902 (*Mon. trib.*, 1903, 347); Cass. Roma, 19 agosto 1903 (*Giur. ital.*, 1903, I, 936; App. Roma, 5 aprile 1904 (*Cons. comm.*, 1904, 157); Cass. Torino, 31 agosto 1916 (*Giur. tor.*, 1916, 1383). Come già il VIVANTE (*Mon trib.*, 1887, 141), io pure avevo espresso dubbî sulla correttezza di questa dottrina (*Studî in onore di* V. SCIALOJA, II, pag. 554). Ed invero la mia obiezione, formulata anche nel testo, sembrar difficile che possa estendersi per analogia la norma che delimita il campo di applicazione di un diritto eccezionale, era restata finora senza adeguata risposta. L'argomentazione di A. SCIALOJA (*Foro*, 1908, I, 159), che non si ha estensione analogica nell'applicazione della norma, implicita nel nostro diritto, che autorizza l'estensione, ci pare si risolva in una petizione di principio, perchè dà per dimostrata l'esistenza di questa norma implicita, e quindi il carattere esemplificativo della enumerazione. La obbiezione si supera invece con le considerazioni svolte nel testo. Nelle legislazioni straniere la enumerazione degli atti di commercio è, di regola, tassativa, vedi legge belga 15 dicembre 1872, art. 1 (NAMUR, *Le code de commerce belge*, Bruxelles 1888, I, pag. 24 e seg.): *code de commerce*, art. 631, 633, 638 (LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, Paris 1813, VIII, pag. 174 e 175; DELAMARRE et LEPOITVIN, *Traité*, n. 37; THALLER, *Traité élémentaire*, n. 9; BOISTEL, *Droit commercial*, n. 32; contro però PARDESSUS, *Droit commercial*, I, n. 17, 32 e seg.; MASSÈ, *Droit commercial*, II, n. 1382). In Germania la dottrina riteneva tassativa la enumerazione degli atti di commercio secondo il codice del 1861 (GOLDSCHMIDT, *Handb.*, I[2], § 42, pag. 444 testo e nota 26; BEHREND, *Lehrb.*, § 22, pag. 87). Sotto l'impero del nuovo codice del 1897 il problema può riproporsi, sebbene sotto altro aspetto. Non si tratta più di sapere se sia tassativa o dimostrativa la serie degli atti o d'affari che dànno, *per sè*, vita a rapporti regolati dal diritto commerciale (atti o affari di commercio), ma se sia dimostrativa o tassativa la serie delle *industrie commerciali*, il cui esercizio attribuisce *per sè* la qualità del commerciante. E la dottrina posteriore al codice continua ad ammettere che l'enumerazione delle industrie commerciali contenuta nel § 1 sia tassativa: vedi STAUB, *Komm.*, I, § 1, annot. 31 B, pag. 35.

nei lavori preparatorî (1), e quello, anche più fragile, desunto dall'uso della parola *reputa*, che non prova nulla a favore di nessuna tesi.

Io credo che il carattere esemplificativo dell'enumerazione contenuta nell'art. 3 risulti evidente dall'analisi e dall'interpretazione, non solo dell'art. 3, ma di tutte le norme delimitative, con cui si apre il codice di commercio. Vedremo fra breve che tutte le norme, le quali stabiliscono quali atti si debbano ritenere commerciali, sono dominate da un principio fondamentale comune, da cui risulta che nella nostra legislazione esiste un concetto unitario dell'atto di commercio. Ma se tutte le varie norme sugli atti di commercio sono applicazioni di un principio unico comune, è lecito dedurne, in concorso con gli altri argomenti sopra ricordati, che quel principio vada applicato integralmente anche in casi non contemplati.

Di regola, dunque, le disposizioni che determinano le attività, da cui derivano rapporti regolati dal diritto commerciale, si potranno estendere per analogia. Solo in taluni casi, la particolar natura di una disposizione, può escludere la sua integrale estensione a casi analoghi non contemplati. Ciò avviene specialmente per le disposizioni che stabiliscono *presunzioni* (es. codice di commercio, art. 4), perchè le presunzioni richiedono una particolare disposizione di legge, e sono di stretta interpretazione (2).

42. Di fronte alla possibilità di estendere per via di analogia le disposizioni, che determinano le attività qualificate commerciali, e di far rientrare nella sfera dei rapporti regolati dal diritto commerciale, rapporti, dipendenti da altri atti, oltre quelli enumerati dalla legge, diventa molto interessante, anche da un punto di vista affatto pratico, sia il problema

---

(1) *Atti della Commissione del* 1869: tornata 21 aprile 1870, verbale XXVIII, n. 120 (*Atti della Commissione*, parte II, pag. 17); *Relazione* Corsi *al Senato*, cap. VI (*Lavori preparatorî*, II, parte I, pag. 32); *Relazione* Mancini-Pasquali *alla Camera*, n. IV (*Lavori preparatorî*, II, parte I, pag. 165); *Relazione* Mancini *al Senato*, pag. 27. Su pochi punti i lavori preparatorî sono chiari e concordi come su questo.

(2) Ramponi, *Presunzioni*, pag. 144 e seguenti.

del *raggruppamento* dei varî atti enumerati dagli art. 3 e segg. in *categorie* omogenee, sia il problema della determinazione di un *concetto unitario* dell'*atto di commercio* secondo il codice. Il raggruppamento e la classificazione degli atti di commercio in alcune ampie categorie, mentre prepara la via alla determinazione del concetto dell'*atto di commercio*, a cui si potrà poi giungere, mediante un'ulteriore generalizzazione, ha per sè, intanto, il vantaggio di facilitare l'estensione analogica, facendo luogo all'*analogia di diritto*. La determinazione poi di un concetto unitario dell'atto di commercio, ci permette di stabilire i *principî generali*, che regolano questa materia, e moltiplica la possibilità dell'estensione analogica. Si tratta dunque di due problemi, fra loro strettamente connessi, il cui interesse scientifico, evidentemente altissimo, è pari allo interesse pratico, non meno di quello rilevante.

La dottrina dominante in Italia reputa che un concetto unico dell'atto di commercio, secondo il nostro diritto positivo, non esista, e che nessun criterio o principio direttivo stia a base della enumerazione legislativa degli atti di commercio (1).

---

(1) È questa opinione ormai dominante in Italia: vedi Vivante, *Trattato*, 5ª ed., I, n. 34; Bolaffio, *Comm.*, 5ª ed., n. 17 e 18; Franchi, *Comm.*, n. 27 e 28; Navarrini, *Trattato*, I, n. 107. Il Vivante, loc. cit., nota 1) cita, a sostegno di questa dottrina, passi di scrittori stranieri, che non sempre hanno tale significato. Così quando il Behrend (*Lehrb.*, pag. 11) dice che una netta separazione del commercio dalle altre forme di scambio non si può ottenere, afferma le difficoltà di dare il concetto *economico* del commercio, non già l'impossibilità di determinare il concetto *legislativo* dell'atto di commercio. Ed uguale è il pensiero dell'Endemann (*Handelsrecht*[4], pag. 11, sub IV) che rileva appunto la difficoltà di distinguere il commercio *economicamente* e *socialmente* (*wirtschaftlich und social-politisch*). Ed alle difficoltà di dare ai giuristi il concetto *economico* del commercio accenna anche il Lehmann[2], *Lehrb.*, § 2, sub VI, pag. 8. E quando lo Smith (*A compendium of mercantile Law*, London 1906, I, pag. lxiii) dice che la distinzione fra diritto commerciale e le altre parti del diritto contrattuale deve essere necessariamente in qualche modo arbitraria, afferma semplicemente, ciò che abbiamo più volte messo in luce, che il concetto del commercio e dell'atto di commercio è un concetto di *diritto positivo*, una categoria *legislativa* e non *scientifica*, ma non afferma affatto la impossibilità di ricostruire questo concetto legislativo nelle singole legislazioni.

Io credo che questa conclusione pessimista non debba ritenersi definitiva. Essa è il risultato dell'analisi troppo superficiale ed affatto insufficiente fatta fin qui dalle varie categorie di atti di commercio enumerate dalla legge. In sostanza la dottrina di gran lunga dominante, tanto in Germania quanto in Italia, nello studiare il criterio *intrinseco*, in base al quale la legge ha ritenuto come commerciale e perciò soggetta alle leggi mercantili una determinata attività, si è arrestata ad una osservazione abbastanza superficiale. Essa ha rilevato che, in seguito ad una lunga evoluzione storica, ad una serie di attività, che erano ritenute commerciali, poichè compiute da persone aventi la qualità di commercianti, si è oramai aggiunta un'altra serie molto notevole ed in continuo aumento, di attività, dichiarate commerciali dalla legge senza riguardo alla professione di colui che le pone in essere.

Di qui sorge la classificazione usuale degli atti di commercio in due categorie: *a*) *atti di commercio obiettivi*, dichiarati commerciali dalla legge per la loro natura, indipendentemente dalla persona che li compie; *b*) *atti di commercio subiettivi*, dichiarati commerciali dalla legge perchè compiuti da un commerciante (1).

---

(1) Vidari, *Corso*, I^5, n. 41; Vivante, *Trattato*, I^4, n. 32 *bis;* Bolaffio, *Comm.*, 5^a ed., n. 1 e 18; Franchi, *Comm.*, n. 22; D'Amelio, *Cod. di comm.*, n. 5; Navarrini, *Tratt.*, I, 112 e seg.; Manara, *Atti di comm.*, n. 1 e seg.; Magri, *Materie commerciali*, pag. 13 e 14. Egualmente la dottrina germanica anteriore al 1898 e l'austriaca: vedi Goldschmidt, *Handb.*, I^2, § 42, 45, 47, 51; Endemann, *Handelsrecht*^{4}, pag. 27 e seg.; Behrend, *Lehrbuch*, § 22; Anschütz u. von Völderndorff, *Komm.*, III, pag. 3 e 4; Gareis u. Fuchsberger, *Komm.*, pag. 588, n. 4; Randa, *Handelsrecht*^{2}, § 6. È da notare, tuttavia, che, passando dalla dottrina tedesca alla italiana, la distinzione tra atti di commercio *obiettivi* (o *assoluti*) e atti di commercio *subiettivi* (o *relativi*), ha subìto un cambiamento e non in meglio. Seguendo il codice germanico ed austriaco, la dottrina tedesca considerava atti di commercio *obiettivi* solo le quattro categorie di atti enumerati nel § 271 del codice germanico 1861 (austriaco 1862), vale a dire l'acquisto di merci o titoli per alienarli, l'assunzione di una somministrazione, l'assunzione di assicurazioni, e gli affari marittimi; e poneva tra gli atti di commercio *subiettivi* le cinque categorie di atti enumerati nel § 272 (assunzioni di manifatture, operazioni di lavoro, affari di commissioni e di trasporti, mediazione in affari com-

Non occorre spendere molte parole per dimostrare: che il criterio così assunto per determinare la natura dei varî atti di commercio è insufficiente, e che, perciò, la classificazione proposta dagli atti di commercio è affatto inaccettabile.

Questa classificazione ha, come si è osservato, un fondamento esclusivamente storico, ma, anche dal punto di vista storico, è di scarso valore, perchè si limita a descrivere superficialmente, a grandi linee, il processo complessivo di formazione dell'attuale materia di commercio, ma non ci dà ragione nè delle cause, nè del significato storico di quella evoluzione, che come si è visto, ha ben diverso, e più profondo valore, e non ci fornisce alcun lume sulla concezione odierna della materia di commercio e sulle caratteristiche generali o particolari delle singole attività, che la costituiscono.

Dal punto di vista dommatico e pratico, è poi evidente il nessun valore di questa classificazione. Dire, invero, che alcuni atti sono commerciali, poichè compiuti da un commerciante, e altri lo sono, anche se non compiuti da un commerciante, significa *rinunciare* a dare una nozione tanto degli uni quanto degli altri. Da un canto la nozione dell'atto di commercio subiettivo, poggia tutta su quella dell'atto di commercio obiettivo, e si risolve in un semplice rinvio a quest'ultima. L'atto di commercio subiettivo, presuppone, infatti, il commerciante, e, nel nostro diritto, mancando ogni criterio formale, come quello dell'iscrizione in un registro

---

merciali, affari tipografici, editoriali e librari), e la categoria del § 273 (affari del commerciante attinenti all'esercizio della sua industria). Avendo il codice italiano conglobato nell'art. 3 tanto gli atti del § 271 quanto quelli del § 272, la dottrina italiana, senza molto discutere, ha passato, senz'altro, tutti gli atti del § 272 nella categoria degli atti obiettivi, e ha ridotto la categoria degli atti subiettivi ai soli atti dei §§ 273 e 274 (corrispondenti all'art. 4 del codice italiano). Ora nel sistema del codice germanico del 1861, la disposizione del § 272 poteva forse giustificare la creazione di una categoria di atti *subiettivi*, avente un fondamento proprio, perchè essa qualifica come commerciali quelle cinque categorie di affari, quando fossero stati *esercitati professionalmente*. Eliminata, nel nostro art. 3, questa condizione, e ridotta la categoria degli atti subiettivi ai soli atti dell'art. 4, alla categoria veniva a mancare completamente ogni fondamento proprio e si rendeva più grave e palese il difetto della classificazione tedesca.

o matricola per la determinazione della qualità di commerciante, la nozione del commerciante poggia tutta su quella dell'atto di commercio obiettivo. Ma, alla sua volta, il concetto dell'atto di commercio obiettivo manca completamente nella dottrina dominante: quando si assume che una serie di atti è commerciale, indipendentemente dalla persona che li compie, si enuncia una proposizione semplicemente *negativa;* si dice che il criterio, in base al quale tali atti sono dichiarati commerciali, non è quello della qualità delle persone da cui sono compiuti, ma non si dice *quale sia;* si dice quello che questi atti *non sono*, non si dice quello che questi atti *sono*.

La dottrina dominante si muove dunque entro un circolo vizioso: il criterio che essa assume per determinare la commercialità degli atti enumerati dagli articoli 3-6 *non è un criterio,* e la classificazione degli atti stessi in *obiettivi* e *subiettivi, non è una classificazione.* Ed è ben naturale che, rinunciando *a priori* a stabilire un criterio per la determinazione della commercialità degli atti enumerati dalla legge, si debba poi dichiarare che un principio regolatore della classificazione stessa non esiste, e che non esiste neppure un concetto unitario dell'atto di commercio.

43. Vediamo dunque se una analisi più accurata della serie degli atti enumerati negli art. 3-6, ci permetta di rintracciare questo principio o questi principî regolatori; con che avremo, ad un tempo, stabilito il concetto dell'atto di commercio, e avremo fatto una classificazione precisa degli atti di commercio (1).

---

(1) In questi ultimi tempi il problema della classificazione degli atti di commercio è stato rimesso sul tappeto. Il Bolaffio (*Temi ven.*, 1902, 803; 1903, 31; *Riv. di dir. comm.*, 1909, I, 1) ha sostenuto la tripartizione degli atti di commercio in *obiettivi, subiettivi e accessori,* intendendo per atti accessori di commercio gli atti *giuridicamente* connessi con un atto di commercio principale obiettivo o subiettivo. L'Angeloni, *Osservazioni sull'art. 4 del codice di commercio,* in *Annali dell'Università di Perugia,* 1908, tende ad eliminare la categoria degli atti subiettivi affermando che l'art. 4 non crea un'altra specie di commercialità parallela a quella dell'art. 3, ma si limita a stabilire la presunzione

Un esame attento delle 27 categorie di atti enumerati dalla legge, ci mostra come taluni di essi siano considerati commerciali dalla legge in ragione della loro *intrinseca natura;* mentre altri sono invece considerati commerciali solo in quanto si trovano in un rapporto di connessione coi primi.

44. 1° Ad un primo gruppo di atti dichiarati commerciali in ragione della loro intrinseca natura appartengono indubbiamente:

a) *le compere di merci per rivenderle e per locarle; e le vendite o locazioni che ne conseguono, e parimente le compere di titoli di credito per rivenderli, e le successive rivendite* (art. 3, n. 1 e 2).

Questi varî atti (compera e rivendita, compera e locazione) fra loro connessi, ci dànno nel loro insieme la figura tipica dell'attività commerciale; vale a dire l'intromissione fra produttori e consumatori diretta a facilitare lo scambio dei beni. La compera è il primo atto del processo, in cui si realizza

---

che gli atti del commerciante siano tra gli atti dichiarati commerciali dall'art. 3 o a questi analoghi, e quindi, in conclusione, che l'art. 4 si limita a presumere, per gli atti del commerciante, l'esistenza di quelle condizioni, che l'art. 3 richiede per la commercialità di un atto. A questa interpretazione dell'art. 4 non è difficile obiettare che una presunzione, che è ammissione di un fatto ignoto in base ad un fatto noto, deve riguardare, di necessità, un fatto ignoto ben determinato, mentre, nel caso, il fatto ammesso sarebbe indeterminatissimo, cioè uno *qualunque* di quegli atti che l'art. 3 dichiara commerciali. Se poi si volesse affermare che l'art. 4 ammette come provate le semplici condizioni particolari richieste dall'art. 3 per la commercialità di *ciascun atto*, il fatto noto, che costituirebbe la base della presunzione non sarebbe più la semplice qualità di commerciante, ma l'esistenza di certi elementi di ciascun atto che, col concorso delle altre condizioni volute dalla legge, dànno vita a un atto di commercio (per es., una compra-vendita, un deposito). Ma con ciò saremmo evidentemente del tutto fuori dell'art. 4. Ad ogni modo il condensare tutti gli atti di commercio negli atti obiettivi equivale, più che mai, *a non classificare* gli atti di commercio. Un vero progresso rappresenta invece la dottrina dell'Azzariti (*Riv. di dir. comm.*, 1907, II, 5 e seg.; 1908, II, 45 e seg.), già accennata dal Lombroso, *Le obbligazioni commerciali che non nascono da contratto*, Pisa (estr. dall'*Arch. giur.*, LXXV), pag. 39 e seg., secondo la quale, eliminata la distinzione tra atti di commercio obiettivi e subiettivi, perchè

questa funzione intermediaria: la rivendita o la successiva locazione ne è l'ultimo. Gli atti di questo primo gruppo, sono dunque, indubbiamente, atti di *commercio*, anche nel senso rigorosamente economico.

b) le compere e le rivendite di beni immobili, quando siano fatti a scopo di «speculazione commerciale» (art. 3, n. 3).

Per questi atti è da ripetere ciò che si è detto innanzi. La legge considera il commercio degli immobili separatamente da quello dei mobili per ragioni storiche; in quanto la speculazione commerciale sugli immobili è di data più recente e in quanto solo col codice del 1882 la legislazione italiana, superando antichi pregiudizi, ha fatto rientrare il commercio degli immobili sotto la sfera di applicazione del diritto commerciale. Ma gli atti, di cui si occupa l'art. 3, n. 3, sono i varî atti in cui si realizza il commercio degli immobili. Diventata più frequente e più rapida la circolazione degli immobili è sôrta, per facilitarla, un'attività intermediaria, la

---

equivoca ed insufficiente, vi si sostituisce quella tra atti commerciali per loro natura, o atti di commercio *assoluti* e atti commerciali per ragioni di riferimento, o atti di commercio per *accessorio:* assolutamente commerciali sarebbero gli atti enumerati nell'art. 3, commerciali per accessorio gli atti dell'art. 4, e per analogia, in genere, tutti gli atti che si riferiscono all'esercizio del commercio. A questa dottrina, indubbiamente giusta nel suo concetto fondamentale, non si può rimproverare che di essersi fermata a mezza strada, col basare la categoria degli atti commerciali per connessione unicamente sull'art. 4, e col riconoscere la commercialità intrinseca a tutti gli atti dell'art. 3, mentre il concetto della connessione sta a base della commercialità, non solo degli atti dell'art. 4, ma di molti atti dell'art. 3, il quale pertanto non contempla solo atti intrinsecamente commerciali, ma anche molti che sono commerciali per connessione. La classificazione dell'AZZARITI fu combattuta sotto altri punti di vista, ma in modo affatto insufficiente, dall'ANGELONI, *Osservazioni sull'art. 4 del codice di commercio,* pag. 18 e seg.; dal MAGRI, *Delle recenti teoriche sulla partizione degli atti di commercio,* pag. 18 e seg.; e dallo ZIINO, *Di una pretesa categoria di atti di commercio per riferimento,* in *Dir. comm.,* 1908, 329. Recentemente il BOLAFFIO (*Giur. ital.*, 1911, IV, 54, e *Comm.*, 5ª ed., n. 20), ripudiando la tripartizione degli atti in *subiettivi, obiettivi* e *accessori,* vi sostituisce una doppia classificazione degli atti di commercio in *obiettivi* e *subiettivi, principali* ed *accessori.* Di questa classificazione diremo in seguito.

quale riproduce in sostanza lo stesso fenomeno, che presenta la tradizionale attività commerciale, rispetto ai beni mobili, e che pertanto deve considerarsi come una vera attività *commerciale.*

Il commercio degli immobili dà luogo alla stessa catena di atti, fra loro connessi, a cui dà luogo il commercio dei mobili: acquisto diretto, non al godimento o allo sfruttamento da parte dell'acquirente, ma ad un successivo atto di scambio: è il conseguente scambio che perfeziona la funzione intermediaria. La legge ha caratterizzato questa complessa attività intermediaria col nome di *speculazione commerciale.* La formula è alquanto diversa da quella adoperata per il commercio delle cose mobili; mentre per i mobili la funzione è considerata solo nelle sue diverse attività costitutive, qui è considerata anche nel suo complesso e qualificata col nome di *speculazione* commerciale; ma il concetto è identico nei due casi.

45. 2° Al secondo gruppo appartengono *le operazioni di banca* (articolo 3, n. 11). È nota la funzione della banca nella economia odierna. La banca è, essenzialmente, intermediaria del *credito;* essa prende denaro a credito da chi cerca un collocamento ai proprî capitali monetari, e dà denaro a credito a chi abbisogna di capitali. Questa funzione intermediaria si compie mediante una serie di *atti successivi* fra loro connessi: ciascuno di tali atti è una *operazione di banca.* E precisamente: sono operazioni di banca *passive* tutti quegli atti, con cui taluno *prende denaro a credito per darlo a sua volta a credito;* sono operazioni di banca *attive* tutti quegli atti, con cui taluno *dà a credito denaro preso a credito a questo scopo.*

Si riproduce così, rispetto al *credito,* la stessa posizione che si ha, nel commercio ordinario, rispetto alle merci. Tra le forme più importanti e caratteristiche dello scambio a credito, è quella in cui si verifica *lo scambio a credito di denaro con denaro.* Ogni cosa fungibile e consumabile, ma in particolar modo quella che è il bene fungibile per eccellenza, vale a dire il *denaro,* offre la possibilità di una forma tutta speciale di scambio, con altrettanta quantità di cose fungibili e con-

sumabili della stessa specie (particolarmente, con altrettanto denaro) distanziato da un *intervallo di tempo* (*a credito*). Nell'intervallo di tempo fra prestazione e controprestazione e nella natura particolare del bene scambiato, sta tutto il valore economico di questo scambio: durante il periodo di tempo, infatti, che corre fra prestazione e controprestazione, chi ha ricevuto la cosa, specialmente il denaro, può servirsene e consumarla, come farebbe se ne fosse proprietario, poichè lo scambio importa la semplice restituzione del *tantundem*. Chi consente a scambiare denaro presente con denaro futuro rende un servizio e percepisce di regola una remunerazione o interesse.

Orbene quella stessa necessità di una operazione intermediaria, che esiste nello scambio delle merci, si fa sentire anche rispetto allo scambio del denaro presente con denaro futuro. Lo scambio diretto di denaro con denaro, per le difficoltà di un incontro spontaneo fra chi abbonda e chi abbisogna di capitale monetario, rappresenta nella vita economica odierna un'eccezione; mentre collo sviluppo del credito il bisogno di un tale incontro si va facendo ogni giorno più frequente. La regola oramai è dunque lo scambio indiretto o mediato fatto a mezzo di un intermediario, che raccoglie sistematicamente i capitali in cerca di investimento e li distribuisce a chi ne ha bisogno.

È chiaro quindi il parallelismo fra il commercio vero e proprio e il commercio bancario, fra il commerciante e il banchiere. Come il commerciante accentra i prodotti e li distribuisce, così il banchiere accentra a sè il credito e lo distribuisce. Come il commercio vero e proprio consta di una serie di operazioni fra loro concatenate (compere e successive rivendite), che derivano il loro carattere specifico commerciale appunto dal rapporto che lega le une alle altre, così il commercio bancario consta di una serie di operazioni fra loro connesse (attive e passive), che derivano il loro carattere specifico bancario solo dalla connessione, in cui stanno le une con le altre (1).

---

(1) Questo carattere complesso dell'attività bancaria (simile, del resto, a quello dell'attività commerciale in senso stretto) non è sfuggito all'ARCANGELI (*Contributo alla teoria generale degli atti di commercio*, in *Riv.*

46. 3° Il terzo gruppo è costituito dalle varie specie di imprese enumerate dall'art. 3, vale a dire: le *imprese di somministrazione* (art. 3, n. 6); le *imprese di fabbriche o di costruzioni* (art. 3, n. 7); le *imprese di manifatture* (art. 3, n. 8); le *imprese di spettacoli pubblici* (art. 3, n. 9); le *imprese editrici, tipografiche e librarie* (art. 3, n. 10); le *imprese di trasporti di persone o di cose per terra e per acqua* (art. 3, n. 13); le *imprese di commissioni, di agenzie e di uffici d'affari* (art. 3, n. 21).

Questo gruppo offre il campo a molte incertezze, tanto da far dubitare perfino che si tratti, in realtà, di un gruppo omogeneo, e che, sotto un nome comune, comprenda rapporti economici di natura disparata.

La dottrina commercialistica non ci fornisce molti lumi a questo proposito. Il problema, per molto tempo, non è stato posto neppure, e solo in questi ultimi anni l'attenzione degli studiosi si è rivolta verso di esso.

Due correnti principali, in sostanza, si sono manifestate a questo proposito.

Secondo una prima opinione, che può dirsi dominante, il concetto dell'impresa secondo l'art. 3, coinciderebbe, sostanzialmente, col concetto economico dell'impresa. Sarebbe commerciale, per l'art. 3, ogni atto, che si riferisce alla organizzazione dei varî fattori della produzione; anzi in realtà, secondo questa opinione, l'elemento economico dell'impresa si ritroverebbe, non solo negli atti qualificati come imprese

---

di dir. comm., 1904, I, 41 e seg.), il quale, però, lo ha formulato in modo, a mio avviso, non accettabile, affermando che l'art. 3, n. 11, va interpretato come se vi si parlasse di « imprese di banca ». Il concetto, abusato ed equivoco, dell'impresa serve infatti più a confondere che a chiarire le idee. In che senso si vuol parlare d'*impresa?* Se, come sembra, nel senso, non corrispondente, del resto, nè al significato economico, nè al significato giuridico, di *esercizio professionale* e *sistematico*, senza alcuna ragione s'introduce nel sistema puramente oggettivo degli atti di commercio fondamentali secondo il nostro codice un elemento professionale, che gli è estraneo, mentre la particolarità, che si vuol rilevare (vedi anche Arcangeli, *Studî di diritto bancario*, Perugia 1906, pag. 11) essere l'operazione di banca commerciale *solo per chi compie l'atto d'interposizione* e non pei terzi, fra cui avviene lo scambio mediato, è vera anche per gli atti di commercio in senso proprio.

del codice di commercio, ma anche in altri atti, enumerati nell'art. 3, come nelle operazioni di banca e nelle assicurazioni (1).

Secondo un'altra opinione, il concetto, diremo così, giuridico dell'impresa, corrisponderebbe al concetto dell'impresa secondo l'economia politica, solo per alcune delle categorie di imprese enumerate nell'art. 3. Ma per altre, e particolarmente per le imprese di somministrazioni, per quelle di agenzie e di uffici di affari, l'elemento economico dell'impresa come organizzazione dei fattori della produzione, mancherebbe. Volendo, perciò, dare un concetto unitario dell'impresa secondo l'art. 3, non vi sarebbe altra via che quella di considerare l'impresa come un complesso di affari, aventi a base un'unica organizzazione, che si raggruppano, cioè, intorno a un unico organismo economico.

Segno caratteristico dell'impresa sarebbe l'esercizio di una *attività complessa*, e quindi una *ripetizione di atti singoli*, che si rifletterebbe soggettivamente nell'intenzione di

(1) Vedi VIVANTE, 4ª ed., I, n. 69, e 5ª ed., n. 61: «L'impresa è un organismo economico, che pone in opera gli elementi necessari per ottenere un prodotto destinato allo scambio, a rischio dell'imprenditore. *Il diritto commerciale fa su questo concetto economico...*», n. 73. «L'elemento caratteristico *ed essenziale* di questi gruppi d'affari sta nell'esistenza di questo organismo economico, che si dice l'impresa» (ma non mancano accenni ad una diversa configurazione giuridica dell'impresa: vedi, per es., pag. 151, 155, 158; ed è significativa la rubrica sotto la quale il VIVANTE tratta delle imprese: affari *sopra il lavoro*). Nella 5ª ed. non sono ripetute le parole da ultimo trascritte nel n. 69 della 4ª; nè si parla più di affari sopra il lavoro; BOLAFFIO, *Comm.*, 3ª ed., n. 40: «Pel giurista ha grande importanza la nozione (n. *economica*) dell'impresa, dacchè essa, oggettivamente considerata, è ritenuta dal legislatore atto essenzialmente commerciale, quando abbia il contenuto indicato, *demonstrationis causa*, nelle categorie consacrate all'impresa dall'art. 3» (ma non mancano accenni all'impresa come funzione intermediaria, n. 40 princ., 42, 44, sebbene la funzione intermediaria sia intesa in modo affatto speciale come interposizione tra i *fattori* della produzione e i consumatori, vedi n. 40 princ.). Nella 5ª ed. le parole su riportate non appaiono più. D'AMELIO, *Comm.*, pag. 38; MAGRI, *Le materie commerciali*, pag. 20 e 21; e più ampiamente di tutti MONTESSORI, *Il concetto di impresa negli atti di commercio*, in *Riv. di dir. commerciale*, 1912, I, 408 e segg.; 497 e seguenti.

dedicarsi in modo stabile e continuativo ad una serie di affari dello stesso genere (1).

A noi sembra che nè l'una nè l'altra opinione sia accettabile. Non è anzitutto accettabile la prima. Qualunque sia il concetto economico che si abbia dall'impresa, la si intenda cioè nel senso più ampio di ogni organizzazione per conto e rischio proprio, dei varî elementi della produzione, a scopo produttivo, o nel senso più ristretto di quella organizzazione degli elementi della produzione, che mira a produrre beni *per scambiarli*, o nel senso più ristretto ancora, d'organizzazione della produzione diretta a produrre beni per il mercato generale, non può dubitarsi che nessuno di questi concetti economici, coincide col concetto dell'*impresa*, quale risulta dalle disposizioni positive del nostro codice. Infatti: *a*) L'elemento economico dell'impresa è non solo negli atti qualificati imprese del codice, ma in *tutti* gli atti di commercio costitutivi. È nella compera per rivendere e successiva rivendita, cioè nel commercio vero e proprio, perchè anche il commercio è un ramo della produzione economica, e ogni produzione commerciale implica una organizzazione dei varî fattori della produzione, diretta a produrre, e a produrre per il mercato generale; quindi un'impresa non solo nel più largo, ma anche nel più stretto senso. L'elemento dell'impresa è poi, per la identica ragione, nel commercio bancario, che pure rappresenta una sottospecie della produzione economica, la cui organizzazione è un'impresa. Ed infine l'elemento dell'impresa è nell'industria delle assicurazioni, che, creando una utilità è produzione, l'organizzazione della quale è *impresa*. Ora un elemento comune a *tutti* gli atti di commercio non può esser assunto a criterio distintivo di *una sola* categoria di essi; il carattere di impresa in senso economico non è la

(1) Già il FRANCHI, *Comm.*, n. 57, pag. 111, a proposito dell'impresa di somministrazione, notava, che per impresa, in questo caso, non si può intendere l'organizzazione costituita per la produzione, ma significa piuttosto *contratto* o *assunzione*. Con maggior precisione ancora il concetto è enunciato dall'ARCANGELI, *Sulla natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Riv. di dir. comm.*, I, 1904, 32; *Nozione giuridica di commercio*, pag. 592 e seg., e da A. SCIALOJA, in *Foro ital.*, 1908, I, 157 (ora riprodotto in *Saggi di vario diritto*, vol. I, Roma 1927, pag. 529 e segg.).

differenza specifica, che distingue le imprese del codice dagli altri atti di commercio; *b*) vi sono imprese in senso economico, che non sono imprese secondo il codice. Vedremo così che tutto l'artigianato va escluso dal campo del diritto commerciale, benchè l'artigiano sia spesso un imprenditore nel senso dell'economia; non si ha infatti, nel senso del codice, impresa di manifatture nel così detto *mestiere*, ossia nel caso dell'operaio che da solo o col sussidio di qualche garzone trasformi la materia prima e fabbrichi prodotti lavorati. Vedremo che non si ha impresa di spettacoli pubblici nel caso dell'artista che sfrutta la propria abilità offrendo spettacoli: che non si ha impresa di trasporti nel caso del vetturale o del carrettiere, che esegua trasporti conducendo personalmente la carrozza o il carro. Nè vale il dire che ciò significa soltanto doversi escludere dal campo commerciale la piccola impresa, e intendere l'impresa del codice come la grande e media impresa della economia. Ciò non sarebbe ancora sufficiente. Infatti in primo luogo, vi sono piccole imprese nel senso economico, che sono imprese nel senso del codice: le piccole imprese di fabbriche e costruzioni, in cui un capomastro che impieghi pochi operai, assume piccoli lavori, sono imprese nel senso del codice; le piccole imprese di trasporto, in cui l'intraprenditore adoperi il lavoro di un personale, sia pur limitatissimo, sono pure imprese nel senso del codice. In secondo luogo, la distinzione quantitativa fra piccola, media e grande impresa, che può aver valore nel campo economico, non può diventare un concetto giuridico. Il diritto ha bisogno di limiti precisi, e se si ammette che non tutte le imprese in senso economico sono imprese nel senso del diritto, bisogna dare un criterio preciso di distinzione, un criterio qualitativo dunque, e non quello necessariamente indeterminato, che ci fornisce la distinzione fornita dalla scienza economica.

Ma neppure la seconda opinione soddisfa pienamente. Non è infatti vero che ogni attività complessa, che ogni complesso di affari possa considerarsi come impresa, e quindi atto di commercio, secondo il codice. Se ogni impresa è, di necessità, una attività complessa, non ogni attività complessa è un'impresa, nè è atto di commercio. Indubbiamente, è una attività complessa la coltivazione del suolo. Eppure l'art. 5

codice di commercio stabilisce che non è atto di commercio la vendita che il proprietario o il coltivatore fa dei prodotti del fondo suo o da lui coltivato. Egualmente sono attività complesse e continuative quella del professionista e quella dell'artigiano: ma l'esercizio di una professione non è impresa sotto nessun punto di vista; e l'artigianato, per quanto implichi una impresa in senso economico, non è impresa secondo la legge.

Il problema rimane, perciò, ancora insoluto, e la soluzione non può trovarsi che in un esame obiettivo dei singoli atti qualificati come imprese dall'art. 3, per vedere se dalle note caratteristiche di ciascuno sia possibile desumere una nozione comune.

A) Imprese di somministrazione.

Qui la commercialità non consiste nel fatto che in ogni somministrazione è latente una compera per rivendere (1), perchè per darsi somministrazione basta che il somministrante fornisca merci o anche soltanto *servigi* (per es., imprese per lo sgombero della neve, per la manutenzione delle strade, per la illuminazione pubblica o privata o per servizi telefonici).

Quando il somministrante fornisce servigi non c'è rivendita e non c'è neppure compera, ma anche quando fornisce merci la compera può mancare, perchè il somministrante può produrre egli stesso le merci (per es., un proprietario di vigne che assuma la fornitura del vino) (2). La commercialità non è neppure data dal fatto, che intercorre sempre un intervallo di tempo tra il momento, in cui l'affare è concluso, e quello, in cui il somministrante fa l'effettiva consegna delle cose o l'effettiva prestazione del servizio, di modo che sarebbe

---

(1) Franchi, op. cit., pag. 111 e 112.

(2) Invece, secondo il codice germanico del 1861 e il codice austriaco, la fornitura è commerciale solo in quanto contenga, in sostanza, una compra per rivendere. Ma, secondo il § 271, n. 2, di quei codici, è affare di commercio non l'*impresa* di fornitura, ma l'*assunzione* (*Uebernahme*) di una fornitura, e solo *quando abbia per oggetto cose mobili o titoli di credito, che l'assuntore ha acquistato a questo scopo*. Manca, quindi, ogni ragione d'analogia con le disposizioni del nostro codice. Egregiamente Bolaffio, *Comm.*, pag. 259, nota 2.

il rischio inerente alla anticipata e fissa determinazione del prezzo che darebbe all'affare carattere commerciale (1). A questa stregua, anzitutto, sarebbero commerciali tutti i negozi aleatori, mentre ci sono molti affari aleatori puramente civili. Inoltre, in tal modo si identificherebbe l'impresa di somministrazione col contratto di somministrazione, perchè l'esistenza di quell'intervallo di tempo esiste in ogni contratto di somministrazione, pur senza essere, a nostro avviso, neppure la caratteristica di questo contratto.

In realtà, se noi vogliamo attribuire alla somministrazione una caratteristica propria e distinguerla dalla vendita e dalla promessa di vendita (2), bisogna considerare il negozio come avente per oggetto in ogni caso la prestazione di un servigio; anche nelle somministrazioni, in cui il somministrante si obbliga a consegnare periodicamente qualche cosa, la prestazione ci appare più come un servigio, cioè come avente di mira l'attività personale del somministrante, che come una *consegna* come avente di mira cioè il trapasso della cosa; in ciò sta appunto la differenza fra vendita e somministrazione di cose: nella vendita il compratore mira all'acquisto della cosa, nella somministrazione il somministrato mira ad ottenere il servigio, che il somministrante gli rende facendogli avere la cosa a tempo opportuno. L'elemento essenziale è l'opera o il lavoro del somministrante (3).

Ora, se una differenza vi è, e deve esservi, fra il *contratto* di somministrazione e l'*impresa* di somministrazione, questa non può essere data che dal modo, con cui è organizzata la prestazione del servigio. Nell'impresa di somministrazione vi è precisamente quella collaborazione altrui nella prestazione del servigio, che può mancare nella somministrazione semplice e in questa collaborazione sta l'impresa e quindi il carattere commerciale. In altri termini, quando il somministrante esegue

---

(1) Vivante, *Trattato*, I, n. 68; Navarrini, *Trattato*, n. 152.

(2) Osserviamo che non sarebbe possibile considerarla come promessa di vendita, anche perchè nella maggior parte dei casi il preteso contratto preliminare non sarebbe mai seguìto dal contratto definitivo, anzi non occorre spesso alcuna ulteriore dichiarazione di volontà delle parti perchè sorga l'obbligo della consegna.

(3) Cfr. Bonfante, in *Foro ital.*, 1901, I, 901 e seg.

egli personalmente la somministrazione, non fa atto di commercio e non è imprenditore; diventa imprenditore e fa atto di commercio, quando per eseguire la somministrazione assume del personale, in modo che il servigio che egli presta non è solo frutto dell'opera sua, ma dell'opera sua e di altri. Abbiamo così colto il momento caratteristico dell'impresa di somministrazione secondo la legge, che consiste appunto nel fatto che il somministrante si valga del lavoro altrui, e quindi appaia come uno speculatore sul lavoro.

B) *Imprese di fabbriche e costruzioni* (art. 3, n. 7).

Anche qui la commercialità non è data dal fatto che chi assume la fabbrica o la costruzione fornisca il materiale. Questa necessità, che esisteva nel cessato codice di commercio, è stata esclusa dal codice vigente (1). Ciò significa che questo atto di commercio non contiene una compera per rivendere. E poichè non si può pensare che faccia atto di commercio il muratore, che da solo esegua una costruzione (caso del resto assolutamente fuori della realtà), non ci rimane che riscontrare l'elemento dell'impresa e quindi la commercialità nel fatto che il costruttore si valga della collaborazione altrui e quindi si faccia intermediario del lavoro (2).

C) *Imprese di manifatture* (art. 3, n. 8).

Anche qui per via d'esclusione dobbiamo giungere a una conclusione analoga. La commercialità non è data da una compera per rivendere latente, perchè la materia prima può

---

(1) La fornitura del materiale era necessaria per l'art. 2, n. 8, del codice del 1865; ma, in seguito alle osservazioni delle Camere di commercio di Parma e di Venezia, questa condizione fu eliminata dal progetto definitivo del codice. Vedi *Osservazioni* della Camera di commercio di Parma e *Relazione* MANCINI in CASTAGNOLA e GIANZANA, *Fonti e motivi*, I, pag. 207 e 208. Cfr. anche VIVANTE, *Tratt.*, 4ª ed., I, n. 75; BOLAFFIO, *Comm.*, n. 42; VIDARI, *Corso*, I, n. 53; D'AMELIO, *Comm.*, pag. 41, n. 5.

(2) BOLAFFIO, *Comm.*, 3ª ed., n. 42: «L'imprenditore di costruzioni specula fra il costo di produzione risultante dalla combinazione tecnica ed economica del lavoro, da esso organizzata a proprio rischio, e il prezzo pattuito dell'opera».

essere fornita dal committente o prodotta dall'industriale (1), d'altro canto non è data neppure dall'esistenza dell'impresa in senso economico perchè l'artigiano che trasforma da sè la materia prima non fa atto di commercio (2), e allora non rimane che vedere anche qui l'impresa e la conseguente commercialità nell'impiego del lavoro altrui, cioè nell'esercizio di una funzione intermediaria tra i lavoratori e il pubblico.

D) Imprese di spettacoli pubblici (art. 3, n. 9).

Escluso che il carattere commerciale sia dato dal solo elemento dello spettacolo pubblico, perchè non ogni spettacolo pubblico dà luogo ad una impresa, e precisamente non si ha impresa di spettacolo pubblico quando l'artista offre direttamente al pubblico la sola opera propria (3), bisogna ammettere di necessità che anche qui il carattere commerciale è dato dall'impiego del lavoro altrui. Chi dà uno spettacolo pubblico fa atto di commercio quando si rende intermediario fra gli artisti ed il pubblico (4).

---

(1) VIVANTE, *Tratt.*, 4ª ed., I, n. 76. Nella 5ª ed., n. 70, non è fatta più menzione di ciò, nè più è detto che l'affare acquista carattere commerciale, solo quando sia esercitato in notevoli proporzioni; BOLAFFIO, *Comm.*, n. 43 e 44; D'AMELIO, *Cod. di comm.*, pag. 42.

(2) Che anche l'artigianato costituisca impresa di manifattura in senso economico, sebbene non la costituisca nel senso del codice, è ammesso generalmente, per quanto si discuta sulla differenza tra artigianato ed impresa di manifattura; vedi MONTESSORI, *Il concetto di impresa*, in *Riv. di dir. comm.*, 1912, I, 417 e seg.; BOLAFFIO, *Comm.*, n. 44; cfr. App. Napoli, 28 gennaio 1898 (*Legge*, 1898, I, 564); Appello Milano, 15 febbraio 1910 (*Mon. trib.*, 1910, 912); Cass. Firenze, 6 aprile 1916 (*Foro ven.*, 1916, 634).

(3) Lo riconosce anche il MONTESSORI, *Il concetto d'impresa*, in *Rivista di dir. comm.*, 1912, I, 431, n. 21: «L'ipotesi di una rappresentazione allestita a cura e rischio di coloro stessi che ne sono gli esecutori non è certamente nella norma del n. 9 del nostro art. 3». Contro: ARCANGELI, *Noz. giur. del comm.*, pag. 595 e seg., che a torto cita l'esempio della somministrazione, in cui la commercialità permane anche se il somministrante fornisce le merci (pag. 594, nota 3), perchè, secondo noi, è decisiva, per la commercialità dell'impresa, la sola provenienza del lavoro, e non quella della materia prima.

(4) È questo infatti il concetto dominante nella dottrina: vedi VIVANTE, *Trattato*, 5ª ed., I, n. 71; BOLAFFIO, *Comm.*, n. 45; MANARA, *Atti di comm.*, pag. 57.

E) *Imprese editrici tipografiche e librarie* (art. 3, n. 10).

Per le imprese editrici non può esservi questione; l'editore fa atto di commercio in quanto si rende intermediario fra l'autore ed il pubblico, in quanto cioè si vale dell'opera degli autori per offrirne al pubblico i risultati (1).

Semplice è anche la cosa riguardo alle imprese tipografiche. Poichè non è pratico pensare alle ipotesi del tipografo, unico operaio della propria tipografia (2), ma poichè l'esercizio dell'arte tipografica presuppone sempre l'impiego di personale, è chiaro anche qui che la commercialità è data dalla speculazione sul lavoro.

Meno facile appare la questione della commercialità delle imprese librarie. A prima vista non si saprebbe trovare la ragione della particolare dichiarazione della commercialità del traffico librario; sembrerebbe che il commercio librario dovesse ritenersi già compreso nella disposizione dell'art. 3, n. 1-2, in quanto esso si risolve in una compera per rivendere di cose comperate a questo scopo. Qui più che una compera per rivendere latente o mascherata vi sarebbe un caso di compravendita commerciale così evidente, da non sapersi trovare la ragione di questo duplicato legislativo (3). Ma, poichè non

---

(1) Non fa quindi atto di commercio l'autore che si fa editore delle proprie opere o l'editore di un giornale che lo scriva tutto da sè: vedi Vivante, *Tratt.*, I, n. 72; Franchi, op. cit., n. 40; Bolaffio, *Comm.*, n. 49; D'Amelio, *Comm.*, pag. 46, n. 7; Navarrini, *Tratt. teor.-prat.*, I, n. 157.

(2) Quando ciò si verificasse, non si avrebbe *impresa* e quindi non si avrebbe atto di commercio, vedi Montessori, op. cit., pag. 429.

(3) Il Marghieri, *Trattato*, I, n. 104, il Montessori, op. cit., pag. 438, e il Navarrini, *Trattato*, I, n. 156, affermano che la legge ha menzionato in modo particolare fra gli atti di commercio le imprese librarie, per ricondurre sotto l'impero del diritto commerciale l'intera attività complessa, che viene spiegata intorno al commercio dei libri, mentre, in base all'art. 3, n. 1 e 2, sarebbero commerciali solamente i singoli atti di acquisto e di alienazione compiuti dal libraio. Ma la spiegazione è del tutto insufficiente. Non si comprende infatti perchè solo per il commercio dei libri e non anche per altri rami anche più importanti di commercio, si sia sentito il bisogno di una norma che qualifichi commerciale tutta la complessa attività che vi si riferisce. In verità, il principio della connessione (di cui una applicazione assai vasta si ha nell'art. 4) era più che sufficiente a questo scopo.

si può ammettere che la legge abbia parlato inutilmente, bisogna ricercare se vi sia qualche aspetto, per cui abbia una pratica importanza la disposizione dell'art. 3, n. 10, relativa alle imprese librarie. A nostro avviso, questa disposizione ha lo scopo di qualificare come commerciali quelle organizzazioni di vendita di libri non comperati ma assunti semplicemente in *deposito* (una specie di contratto estimatorio), le quali lavorano alla diffusione dei libri pubblicando cataloghi, corrispondendo coi librai, impiegando agenti per il collocamento delle opere. Queste imprese sfuggirebbero altrimenti alla disciplina del diritto commerciale, mentre è evidente la loro commercialità. Ciò posto, la nota caratteristica dell'*impresa* libraria sta, evidentemente, in questa *organizzazione sistematica* della vendita e della diffusione delle opere, che richiede l'impiego di un personale numeroso, bene addestrato e ben diretto. Anche qui, dunque, se si parla di imprese non se ne può parlare che nel senso di un'attività intermediaria, fra chi lavora e chi ha bisogno dei prodotti del lavoro; giacchè l'impresa libraria (in tedesco *Sortiment*) organizza il lavoro della vendita a vantaggio degli editori, assumendo al suo servizio impiegati, e facendosi retribuire questo lavoro di diffusione mediante una provvigione (1).

Ma questo non ci spiega ancora perchè la legge ha qualificato commerciali le imprese librarie e non già gli affari librari. Noi crediamo che una ragione deve esservi di questa limitazione della legge. E la ragione non può essere che una: quella di escludere dal campo commerciale i piccoli librai,

---

(1) Nell'odierno commercio librario, il caso della compera dei libri da parte del libraio, è l'eccezione. Di solito il libraio prende semplicemente i libri in deposito. Se pertanto la legge non avesse considerato l'industria libraria sotto il profilo della impresa, la massima parte del commercio librario sarebbe sfuggita all'impero del diritto commerciale, mancando in esso l'elemento della compera per rivendere. In Italia, di solito, l'impresa libraria è connessa con l'impresa editrice. I grandi editori provvedono anche alla diffusione delle loro opere mediante una sistematica organizzazione delle vendite. Invece in Germania questa funzione è riservata principalmente alle imprese librarie (*Sortimenten*), che ricevono in consegna i libri e li vendono in nome proprio, ma per conto degli editori. Vedi, da ultimo, COSAK, *Lehrb.*, pag. 417-425; LEHMANN, pag. 869 e seg.

quelli che in sostanza non fanno una vera speculazione libraria, che prendono solamente libri in consegna e si adoperano a venderli e che perciò possono dirsi più degli agenti dell'editore che dei commercianti autonomi. Esclusa questa categoria di librai, esclusa quella dei librai che acquistano le opere e sono commercianti per altro titolo, il concetto di impresa libraria non può applicarsi di necessità che a quelli speculatori, i quali dànno opera alla diffusione dei libri, prendendoli bensì solo in deposito, ma organizzando tutto un lavoro per la loro diffusione, mediante agenti, che si occupino del collocamento delle opere anche a rate, della riscossione delle rate, del recapito delle pubblicazioni, che escono a fascicoli e via discorrendo. Anche qui in sostanza se si parla d'impresa non se ne può parlare che nel senso di una speculazione sul lavoro.

F) *Imprese di trasporti di persone o di cose per terra o per acqua* (art. 3, n. 13).

Anche in questa categoria di atti di commercio il concetto di impresa implica una organizzazione di quel particolare fattore della produzione che è il lavoro. L'impresa di trasporti secondo l'art. 3, n. 13, si ha soltanto quando colui che assume il trasporto impiega per eseguirlo l'opera di ausiliari; è certamente escluso dalla ipotesi contemplata nell'art. 3, n. 13, il caso in cui il trasporto è eseguito personalmente da chi se ne è assunto l'incarico. Non costituisce in altri termini atto di commercio l'esercizio del mestiere da parte del vetturino o del carrettiere, del facchino o del barcaiolo (1). Se dunque la linea di determinazione tra il trasporto atto di commercio e il trasporto atto civile è data dal fatto dell'impiego di ausiliari o dell'esecuzione personale del trasporto, è chiaro che nell'impiego del lavoro altrui sta il carattere commerciale dell'impresa di trasporto. Dire che solo la grande impresa di trasporti è commerciale e non lo è la piccola impresa (2), oppure dire che è commerciale l'impresa di trasporto e non

---

(1) Vivante, *Trattato*, 5ª ed., n. 73; Montessori, op. cit., pag. 435, n. 25; D'Amelio, *Cod. comm.*, pag. 56, n. 7. Si consulti, da ultimo, Cass. Roma, 20 giugno 1918 (*Giur. ital.*, 1918, I, 1, 847).

(2) Montessori, op cit., pag. 436.

il mestiere (1), non vuol dire in sostanza che questo; poichè nel caso in esame la distinzione fra grande e piccola impresa sarebbe data appunto dal fatto dell'impiego o meno di personale per l'esecuzione del trasporto e la differenza fra impresa e mestiere consisterebbe egualmente in ciò, che il trasporto sia fatto eseguire da altri o sia eseguito personalmente da chi lo assume. E allora è chiaro che anche in questo caso impresa non significa che organizzazione del lavoro, reclutamento del lavoro, atto di interposizione nello scambio del lavoro.

G) Le imprese di commissioni, di agenzie e di uffici di affari (art. 3, n. 21).

Si ha la commissione quando taluno tratta un affare in nome proprio, ma per conto altrui o, in altri termini, quando ci si incarica di un affare altrui, senza far figurare di fronte ai terzi la persona per cui conto si tratta.

Intorno alla commercialità delle imprese di commissioni corrono nella dottrina italiana idee non molto chiare. Sulla scorta dei lavori preparatorî del codice si suole affermare che l'elemento dell'impresa non è essenziale alla commercialità della commissione, giacchè, come è dichiarato negli atti della Commissione compilatrice del progetto preliminare (2), anche un singolo affare di commissione si deve ritenere commerciale (3), e che perciò la ragione della commercialità della commissione, come risulta anche dall'art. 380 codice di commercio, sta in ciò, che la commissione ha per oggetto la trattazione di affari commerciali e che perciò si trova sempre in connessione con un atto di commercio (4).

Noi crediamo che questa dottrina sia dovuta ad una erronea interpretazione del pensiero di coloro che prepararono

---

(1) Vivante, *Trattato*, I, n. 73; Franchi, n. 58; D'Amelio, *Codice di comm.*, pag. 56, n. 7; Navarrini, *Trattato*, n. 159.

(2) *Atti della Commissione*, vol. I, parte II, verb. XXXI, n. 141.

(3) Bolaffio, *Commento*, n. 73, pag. 348; Pagani, *Commento*, n. 61, pag. 118; D'Amelio, *Cod. di comm.*, pag. 64; Magri, *Materie comm.*, pag. 28; Montessori, op. cit., pag. 442.

(4) Vedi Bolaffio, pag. 142; Montessori, pag. 443; Navarrini, *Trattato*, I, n. 161, pag. 227.

la vigente legislazione commerciale. Nei lavori preparatorî infatti è detto: « la locuzione generale che sono atti di commercio le imprese di commissioni *non può escludere* che anche un solo affare di *commissione commerciale* sia per sè stesso un atto di commercio »; ma ciò non significa affatto che un singolo affare di commissione sia *sempre e necessariamente* atto di commercio, e che quindi impresa di commissione e contratto di commissione per l'art. 3, n. 21, siano sinonimi. Il che del resto è dimostrato anche dalla considerazione che, interpretando così la legge, si toglierebbe ogni valore alla espressione « impresa » da essa adoperata (1) e si modificherebbe arbitrariamente il testo legislativo.

Perciò, se si vuole dare un qualche significato alla espressione *imprese di commissioni* usata dalla legge, bisogna ammettere che non tutti gli atti di commissione siano commerciali, ma solo alcuni, e precisamente quelli in cui vi sia l'elemento dell'impresa. Ciò non toglie, si badi bene, che anche una commissione singola possa essere atto di commercio (come osservano giustamente i lavori preparatorî), perchè anche una singola operazione di commissione può assumere la forma della impresa. E precisamente si ha impresa e quindi atto di commercio, quando per l'esecuzione della commissione il commissario si vale dell'opera di agenti subalterni, di impiegati e di operai, il cui lavoro assume e retribuisce a suo rischio. È naturale che questa organizzazione sia costituita per lo più in vista di una serie di operazioni, ma ciò non esclude, come è detto nei lavori preparatorî, che possa avere per oggetto anche l'esecuzione di una sola commissione molto complessa e molto importante. Le commissioni, che non siano imprese possono, a nostro avviso, essere atti di commercio, ma non già atti di commercio fondamentali, bensì solo atti di commercio per connessione, in quanto cioè si riferiscono ad affari commerciali. Ma ciò non rende punto superflua la disposizione dell'art. 3, n. 21, perchè vi sarà sempre una grande differenza fra imprese di commissione, atti di commercio fondamentali, e la commissione in affari commerciali,

---

(1) Il BOLAFFIO infatti, pag. 349, afferma che la formula della legge è inesatta.

atto di commercio per connessione. Basti ricordare il principio che meglio vedremo in appresso, per cui solo gli atti di commercio fondamentali possono dare vita ad un esercizio professionale del commercio, mentre gli atti di commercio per connessione non lo possono mai.

Circa le *imprese di agenzie e di uffici d'affari* vale all'incirca quanto abbiamo detto finora delle imprese di commissione. Le agenzie sono uffici che si occupano particolarmente di fare concludere contratti di vario genere: vendite e locazione di case e di terreni, collocamento di impiegati e domestici, collocamento di artisti di teatro e via dicendo. Le agenzie o uffici di affari si occupano inoltre di prestar servigi svariati, dare informazioni, sbrigare corrispondenze, eseguire traduzioni e copie di atti, organizzare viaggi, ecc. Si noti anche qui che la legge non considera atti di commercio le agenzie e gli uffici d'affari, *ma le imprese di agenzie o d'uffici d'affari*. Anche qui è l'elemento dell'impresa, che dà il carattere specifico commerciale all'atto, non la natura degli affari di cui si occupa l'agenzia, che possono essere commerciali o anche civili o possono essere nè l'uno nè l'altro, cioè non essere affari, ma semplici prestazioni di opera (esempio: traduzioni, copie, ecc.). La commercialità in sostanza è anche qui data dal fatto che l'agenzia implichi una organizzazione del lavoro altrui e quindi una posizione intermediaria nello scambio del lavoro.

Ed ora possiamo conchiudere. In tutti gli atti che il codice qualifica imprese noi troviamo che l'elemento specifico costitutivo della impresa, nel senso del codice, è il fatto della organizzazione del lavoro *altrui*. Certo, anche in senso economico, essendo l'impresa l'organizzazione della produzione, essa implica e la raccolta e la coordinazione dei varî fattori della produzione, fra cui è anche il lavoro. Ma nell'impresa, secondo l'economia, è indifferente il modo con cui il fattore lavoro è procurato, come è indifferente il modo con cui gli altri fattori della produzione sono procurati. È quindi indifferente che sia adoperato per la produzione lavoro proprio o lavoro altrui, ed è perciò che, in senso economico, è impresa tanto quella dell'operaio o dell'artigiano o dell'artista che

mediante l'opera propria produce a proprio rischio, quanto l'impresa dell'industriale o dell'appaltatore, che impiega centinaia di operai.

Ben altro è invece il concetto che il codice di commercio si è fatto dell'impresa. Anche secondo il codice è indifferente la provenienza del *capitale* impiegato dall'imprenditore; può esservi impresa anche se il capitale impiegato nella produzione appartiene all'imprenditore (esempio: il fabbricante che adopera materia prima prodotta dai suoi fondi); e può non esservi anche se il capitale è acquistato o preso a prestito (esempio: l'artigiano che acquista la materia prima od ottiene a credito il danaro necessario per acquistarla). Invece importanza decisiva ha per la legge la provenienza del *lavoro* impiegato. Secondo il codice, si ha impresa, e quindi si ha atto di commercio solo quando la produzione è fatta mediante impiego di lavoro altrui, quando l'imprenditore, in altri termini, recluta il lavoro, lo organizza, lo invigila, lo retribuisce e lo dirige agli scopi della produzione. Se adunque le imprese del codice sono anche imprese economiche, non tutte le imprese economiche sono anche imprese nel senso del codice, ma solo quelle in cui l'elemento lavoro è dato, non già da chi cura la produzione o almeno non esclusivamente da lui, ma da collaboratori organizzati e pagati (1).

---

(1) Il decidere quando, concorrendo nella produzione il lavoro personale dell'imprenditore e il lavoro di altri collaboratori rimunerati, si abbia organizzazione del lavoro altrui e quindi *impresa* nel senso del codice di commercio, è questione di *misura*. Se, per quantità e qualità, prevale l'opera personale dell'imprenditore, non si ha impresa nel senso del codice. Il concetto dell'impresa secondo la legge commerciale come atto d'interposizione tra i lavoratori ed il pubblico, è del resto frequentemente accennato nella nostra dottrina ed anche in quella francese, sebbene senza sufficiente precisione e con qualche contraddizione manifesta. Vedi, per es., VIVANTE, *Trattato*, I, n. 69, il quale, dopo aver affermato che il concetto legislativo dell'impresa corrisponde al concetto economico, non manca di avvertir giustamente: «l'opera dell'imprenditore deve esser rivolta a provvedere ai bisogni altrui, a quelli del mercato, e perciò, come è la regola dominante per gli altri commercianti, egli deve compiere una funzione d'intermediario, intromettendosi fra la massa dei lavoratori e la massa dei consumatori». Il MANARA, *Atti di commercio*, n. 22, dopo aver configurato l'imprenditore come un inter-

47. 4° L'ultima categoria di atti di commercio per loro intrinseca natura è data dalle *Assicurazioni* (art. 3, n. 19-20).

Occorre premettere alcune nozioni sul meccanismo delle assicurazioni. Vi sono molti avvenimenti, i quali singolarmente considerati ci appaiono come dominati dal caso: così la nascita, la morte, il raggiungimento di una certa età, l'incendio, il naufragio, il furto, la grandine, ecc. Orbene, la statistica ci insegna che questi stessi avvenimenti, quando siano considerati per masse o grandi numeri, soggiaciono a

---

mediario tra tutti i varî agenti della produzione (operaio, capitalista) e il pubblico (disconoscendo così che è imprenditore, nel senso del codice, anche chi produce con la *propria* materia prima e coi *proprî* capitali monetari, e può non esserlo anche chi produce con i capitali *altrui*), aggiunge infine esattamente: « egli (l'imprenditore) intende a conseguire un beneficio vendendo ai consumatori i prodotti, che ha ottenuto non già direttamente, trasformando egli stesso la materia prima in manufatti, ma indirettamente, *valendosi dell'opera altrui* » (pag. 54). E ancora: « ammesso che si tratti di una vera impresa di manifatture, vale a dire che l'imprenditore intenda a ricavare un lucro precipuamente coll'offrire ai consumatori i *prodotti del lavoro altrui* ch'egli ha organizzato e pagato, è affatto indifferente che egli abbia acquistato o prodotto egli stesso la materia, tra cui l'industria manifattrice opera » (pag. 56). Chiarissimo invece ed esposto in modo perfettamente conseguente è il concetto della *intermediazione nello scambio del lavoro* in CARNELUTTI, *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 758, *Riv. di dir. pubblico*, 1909, II, 16 e seg., e in ultimo nel trattato degli *Infortuni sul lavoro*, Roma, I, pag. 66-69.

Il concetto dell'impresa accolto nel testo è stato criticato dal MONTESSORI (op. cit., pag. 520 e seg.), il quale, sostanzialmente, obietta: 1° che l'elemento dell'impresa esiste anche in altri gruppi di atti di commercio, come nelle compere per rivendere, nelle operazioni di banca e nelle assicurazioni; 2° che l'imprenditore non può essere intermediario fra i lavoratori e i consumatori, perchè egli stesso partecipa alla produzione; 3° che l'imprenditore non è intermediario del lavoro, perchè non aliena lavoro, ma il prodotto nuovo a cui il lavoro dà vita, con gli altri fattori della produzione; 4° che anche la grande industria agricola si interpone fra i lavoratori e il pubblico e dovrebbe perciò considerarsi impresa, o atto di commercio a sensi del codice, contro il disposto preciso dell'art. 5. Rispondiamo: 1° è vero che l'elemento *economico* dell'impresa esiste anche in altri atti qualificati commerciali dalla legge, ma ciò dimostra solo, ancora una volta, che l'impresa nel senso del codice non è l'impresa in senso economico; 2° il fatto che l'imprenditore, appunto perchè la dirige, partecipa alla produzione, non toglie che *rispetto all'elemento lavoro*, egli sia un intermediario: egli non sarà un intermediario se

leggi costanti. Ciò che è casuale di fronte ad una singola persona o di fronte ad una singola cosa esposta all'avvenimento, diventa regolato da leggi precise di fronte a un gran numero di persone o a un gran numero di cose esposte all'evento. Noi sappiamo che ogni anno sopra diecimila persone avvengono tante nascite, tante morti, tanti suicidi; noi sappiamo che sopra diecimila persone della stessa età, dopo dieci anni, ne sopravvive un certo numero, che

---

si considerano le *cose* prodotte, ma lo è, se si considera l'*energia di lavoro che le ha prodotte*; il ragionamento del MONTESSORI, come ha osservato benissimo il CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, I, pag. 68, nota, si basa tutto su una confusione tra *scambio delle cose prodotte* (rispetto a cui certo non vi è funzione intermediaria nell'impresa) e *scambio del lavoro, che fu impiegato nel produrla* (rispetto a cui l'imprenditore esercita la funzione intermediaria); quando l'elemento lavoro è preponderante nella formazione del prodotto (sia questo una cosa o un servizio), l'oggetto dello scambio è da considerare proprio il *risultato del lavoro;* 3° se l'imprenditore non aliena direttamente *lavoro*, aliena però il *risultato del lavoro*, e anche nello scambio del risultato del lavoro si ha scambio di lavoro: per questa ragione appunto la locazione d'opera è contratto di lavoro e non vendita (vedi BARASSI, *Contratto di lavoro*, Milano 1901, pag. 178 e seg.); 4° l'art. 5 cod. di comm. dice solo che chi vende i prodotti del proprio fondo non fa atto di commercio, ma non esclude che sia atto di commercio la speculazione sul lavoro nel campo dell'agricoltura (bene in questo senso CARNELUTTI, op. e loc. cit.). La grande industria agraria rientra nel concetto d'impresa, secondo il codice di commercio. Ciò risponde anche alle obiezioni dell'ARCANGELI, op. ult. cit., pag. 598 e 599. L'esempio dell'agricoltore che compra concimi, sementi, ecc., non è probante, perchè egli è completamente estraneo alla organizzazione del lavoro, che li ha prodotti. Meno ancora calza l'esempio delle imprese *pubbliche* che non sono commerciali, malgrado che imprese, appunto perchè pubbliche.

L'analisi del concetto d'*impresa* secondo il codice è sottoposta a lungo esame critico del PICCHIO, in *Riv. di dir. comm.*, 1921, I, 647-664, che definisce l'impresa «un organismo atto a determinare una serie notevole di rapporti giuridici avente per iscopo di fornire ad altri utilità di varia natura» (pag. 658 e 660). Caratteristica fondamentale dell'impresa sarebbe quella di esercitare «una funzione intermediatrice fra la ordinaria attività dei produttori o più precisamente dei creatori di utilità di qualunque genere e il pubblico» (pag. 660). Ma con questa definizione o non si dice nulla, o si dice appunto quello che noi affermiamo e che l'A. critica, essere l'impresa organizzazione del lavoro *altrui*, interposizione sullo scambio del lavoro. Farsi intermediari fra i produttori e

sopra tanti km^2 di territorio ogni anno in certe regioni un certo numero è devastato dalla grandine, e possiamo calcolare approssimativamente anche i danni che essa produce, che sopra i fabbricati esistenti in una certa località un dato numero ogni anno è colpito dall'incendio, con una media conosciuta di danni, che sopra tante navi che navigano l'oceano un certo numero ne perisce per naufragio e via discorrendo. Dunque è possibile calcolare rispetto a ciascuna

---

il pubblico è funzione di chiunque compia un atto di commercio: anche nella compera per rivendere si ha intermediazione fra i produttori e il pubblico. Se dunque si vuol dare all'impresa un suo contenuto specifico bisogna dire quali sono specificamente i produttori, di cui l'imprenditore si fa intermediario, e si dovrà concludere, come noi abbiamo fatto, che questi produttori sono i *lavoratori*.

A. Scialoja infine (*Nota* aggiunta allo scritto: *Sul concetto di impresa come atto di commercio*, nei *Saggi* cit., pag. 344), pur dichiarando di non accettare il concetto di impresa come organizzazione del lavoro altrui, non trova nulla da obiettare alla analisi fatta nel testo, in base a cui si perviene a questo concetto, fatta eccezione per le imprese librarie e per quelle di agenzie ed uffici di affari, nelle quali due categorie di imprese « l'impiego del lavoro altrui è solo un elemento dell'organizzazione sistematica di un certo ramo di affari ». Rispondo, che è proprio l'elemento decisivo per la commercialità dell'impresa, perchè quando c'è l'organizzazione sistematica, ma non c'è impiego di lavoro altrui, non c'è atto di commercio.

Questo concetto dell'impresa non è estraneo neppure al codice germanico vigente, perchè fra le attività, il cui esercizio professionale attribuisce la qualità di commerciante, ve ne sono parecchie, e precisamente quelle indicate nel § 1, n. 2 (assunzione della lavorazione di merci per altri, quando oltrepassi i limiti del mestiere); 5 (trasporti di persone o di cose per terra o per acqua); 6 (affari di commissionari, spedizionieri e magazzinieri): 8 e 9 (affari di edizione e di libreria), che sono sostanzialmente *imprese*, secondo il significato che a questa espressione attribuisce il nostro codice di commercio: la commercialità, anche in esse, è data appunto dall'impiego del lavoro *altrui*. Infatti, sebbene la dottrina tedesca abbia trascurato questo punto, essa ammette che la differenza tra la piccola impresa o mestiere (*Handwerk*) e la grande impresa o fabbrica, stia sostanzialmente in ciò che l'artigiano adopera per la produzione la *propria* forza di lavoro, mentre il fabbricante si limita alla direzione tecnica del lavoro; vedi specialmente, sotto l'impero del codice del 1861: Goldschmidt, *Handb.*, 2ª ediz., I, pag. 513 e 514, e sotto l'impero del nuovo codice: Staub, *Komm.*, 2ª ediz., I, pag. 64 e seg.; Lehmann, *Lehrb.*, 2ª ed., pag. 83.

persona o cosa, la probabilità che un certo avvenimento, rispetto ad essa, si verifichi; è su questo calcolo di probabilità che si fonda l'istituto dell'assicurazione. Se infatti tutti coloro, le cui persone e le cui cose sono soggette a un determinato avvenimento, il quale determini un bisogno economico, si uniscono e stabiliscono di dividere fra tutti coloro, che sono esposti a quell'avvenimento, la somma totale necessaria per far fronte ai bisogni economici, che saranno determinati dal verificarsi di quell'avvenimento, è chiaro il vantaggio che può derivare da questa unione. Ciascuna delle persone soggette al verificarsi dell'evento e quindi esposte al sorgere di un bisogno economico, sarà certa che, mediante un sacrificio limitato, potrà far fronte al bisogno futuro, ove questo venisse a determinarsi per essa. Mediante un sacrificio certo, ma limitato, essa si garantisce, *si assicura* contro il bisogno eventuale, ma immensamente più grande.

La possibilità, che rispetto a una determinata persona o cosa si verifichi un determinato evento si chiama *rischio*. La somma, che preventivamente si calcola necessaria per far fronte al bisogno economico determinato dal verificarsi dell'evento, si chiama *somma assicurata*. Il contributo, che ciascun assicurato deve pagare, per costituire il fondo necessario al pagamento del totale delle somme, che occorreranno, per far fronte al totale dei bisogni creati dal verificarsi dell'evento rispetto al complesso degli assicurati, si chiama *premio*. È da notare che l'evento, contro le cui conseguenze ci si vuole assicurare, non è sempre necessariamente un evento dannoso, cioè un evento, che porti una diminuzione del patrimonio; basta che esso determini un bisogno economico; anche avvenimenti non dannosi possono determinare un bisogno economico. Per esempio: il raggiungere una certa età, per un bambino arrivare a venti un anno, per un giovane raggiungere i cinquant'anni, per un uomo arrivare ai sessanta o ai settanta, sono avvenimenti lieti e che certamente non producono un danno, cioè una diminuzione di patrimonio, ma possono determinare benissimo un bisogno economico. Il giovane di vent'un anni può avere bisogno di mezzi per intraprendere una professione, l'uomo maturo vedrà cresciuti i bisogni della sua famiglia, il vecchio avrà bisogno

di riposo negli ultimi anni della sua vita. Ecco dunque come l'assicurazione non ci appare soltanto come un istituto diretto a risarcire un danno, ma ci appare in genere come un mezzo, con cui si provvede ad un avvenimento lieto o triste, che determina comunque un bisogno economico. Ci sono bensì assicurazioni, che hanno per iscopo di risarcire danni, e sono le assicurazioni così dette *contro i danni* (assicurazioni contro gli incendi, assicurazioni contro i rischi della navigazione, contro la grandine, contro la mortalità del bestiame, ecc.). Ma ci sono anche assicurazioni, che hanno per iscopo di provvedere agli svariati bisogni economici determinati dallo svolgersi della vita umana e sono le così dette *assicurazioni sulla vita*, le cui combinazioni sono tanto varie, quante sono varie le congiunture della vita, che possono avere un riflesso economico.

Conviene domandarci, perchè la legge consideri come atto di commercio le assicurazioni solo per l'assicuratore e non per l'assicurato (art. 6, principio). Una dottrina autorevole, messa innanzi dal VIVANTE, che oramai si può dire quasi universalmente accolta, ritiene che ciò sia dovuto al fatto che oggidì l'assicurazione è esercitata esclusivamente da grandi imprese, da società e istituti solidamente organizzati, mentre la figura dell'assicuratore isolato può dirsi scomparsa dal mondo economico (1). L'*impresa* sarebbe dunque un elemento essenziale dell'assicurazione, ed a questo titolo la legge avrebbe considerato l'assicurazione atto di commercio per l'assicuratore (2). Noi dobbiamo fare le nostre riserve su questa concezione. Non neghiamo che l'affare di assicurazione isolato non è concepibile, perchè non sarebbe un affare di assicurazione. Ma ciò soltanto perchè l'assicurazione implica la riunione di una gran massa di persone esposte agli stessi rischi e in quanto solo sopra un gran numero di persone il meccanismo dell'assicurazione può funzionare ed un calcolo di

---

(1) Vedi VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 85-90, e *Trattato*, IV, n. 1858-59; ARCANGELI, in *Riv. di dir. comm.*, 1904, 48; MONTESSORI, op. cit., pag. 503; NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico*, I, n. 162, pag. 232.

(2) MONTESSORI, op. cit., pag. 505.

probabilità può essere istituito; rispetto ad una singola persona non sono più leggi costanti che regolano l'evento, ma il caso, e quindi un affare di assicurazione isolato si risolve in una scommessa. Non neghiamo neanche che l'assicurazione è esercitata di solito da grandi società o da importanti istituti, ma ciò avviene soltanto per alcune cause, come la necessità di un forte capitale di garanzia per fare fronte ad eventualità straordinarie, la necessità di forti spese iniziali per reclutare il numero di associati necessari a fare funzionare l'assicurazione, la necessità di offrire agli assicurati una organizzazione stabile, che oltrepassi la durata ordinaria della vita umana, affinchè l'assicurazione possa svolgersi normalmente per tutto il tempo necessario, che è sovente lunghissimo. Si comprende come a tutte queste esigenze una persona giuridica, che ha durata non limitata e organizzazione più solida, risponda assai meglio che non una persona fisica, la cui vita è breve e continuamente minacciata, e il cui patrimonio non costituisce una garanzia fissa per i terzi. Ma nè la impossibilità teorica di un affare d'assicurazione isolato, nè la inettitudine pratica di una persona singola a esercitare sistematicamente l'assicurazione, si esprimono correttamente affermando che l'impresa è l'elemento essenziale dell'assicurazione. Secondo il concetto economico l'impresa è l'organizzazione dei fattori della produzione, per ottenere un prodotto destinato allo scambio; non si sa dunque come questo concetto economico si possa applicare all'assicurazione, e in ogni modo non si sa perchè, dato il concetto economico dell'impresa, debbano essere escluse le imprese dirette a una produzione isolata, e le imprese individuali. Il concetto certamente giusto che l'esercizio delle assicurazioni è esercizio di una attività sistematica, perchè l'assicurazione è riunione di molte persone esposte agli stessi eventi, e ripartizione tra esse delle somme necessarie a fronteggiare le conseguenze economiche degli eventi effettivamente verificatesi, non ha nulla a che vedere con l'impresa come organismo economico, ma significa solo che l'assicurazione è associazione di rischi e di molti rischi omogenei. Egualmente il concetto che l'assicurazione non può essere esercitata che da una persona giuridica, da un ente di durata sicura e lunga, non ha niente a che fare con l'impresa, ma è relativo soltanto

al fatto che l'associazione dei rischi insita nell'assicurazione non può operare di regola, se non è stabile e di lunga durata.

Meno infondato sarebbe invece un riavvicinamento della assicurazione all'impresa intesa nel senso del codice. In questo caso l'assicurazione sarebbe atto di commercio come impresa, cioè come organizzazione del lavoro altrui, e in realtà qualche cosa di vero è in questo riavvicinamento. Indubbiamente l'esercizio dell'assicurazione implica da parte dell'assicuratore una organizzazione tale e una tale complessità di opera, da dover richiedere l'ausilio non di alcuni, ma di molti collaboratori. Le funzioni essenziali dell'assicuratore, vale a dire il reclutamento degli assicurati, la determinazione delle tariffe dei premi su base matematica, l'amministrazione del fondo dei premi, il pagamento delle somme assicurate al verificarsi dell'evento assicurato, costituiscono una tale massa di attività di genere svariato, da non poter essere certo compiuta, se non col concorso di molte persone. L'elemento dell'organizzazione del lavoro altrui vi è dunque nell'esercizio dell'assicurazione. Ma noi non crediamo sia questo il maggior titolo, per il quale l'industria delle assicurazioni rientra nella sfera dei rapporti commerciali.

Certo, intanto non v'è nessun indizio nella legge che a questo titolo l'abbia dichiarata atto di commercio. L'art. 3, n. 19 e 20, parla di *assicurazioni* semplicemente e non d'*imprese d'assicurazioni*. E in realtà, oltre all'organizzazione del lavoro altrui, vi è nell'assicurazione un elemento di importanza assai più decisivo per la determinazione del suo carattere commerciale. L'assicurazione, dicemmo, è riunione delle persone esposte agli stessi rischi; in questa riunione si verifica una vera e propria comunione di rischi. Ciascun assicurato, mettendo in comune il suo rischio individuale coi rischi individuali omogenei di una quantità di altre persone, dal punto di vista economico, trasforma il suo rischio individuale in una partecipazione a un rischio collettivo (1). Mediante questa

(1) Questo concetto si trova, latente o palese, in tutti gli scrittori che si sono occupati della materia: VIVANTE, *Trattato*, 5ª ediz., IV, n. 1858: « Quel rischio soltanto è posto al sicuro secondo l'intenzione dei contraenti, che, collocandosi in una grande massa di rischi omogenei,

trasformazione, egli si sottrae alla possibilità di sostenere tutte intere le conseguenze economiche del verificarsi del rischio, ma si addossa fin d'ora, e quindi in modo certo, una quota parte della somma che sarà necessaria per fronteggiare la massa dei bisogni creata dall'effettivo verificarsi degli eventi assicurati. Ecco come anche nella assicurazione si riscontra una forma particolare di scambio; il che del resto è evidente, appena si pensi che l'assicurazione è comunione o

---

è fronteggiato da un fondo di premi capace di adeguarsi continuamente alle probabilità dei sinistri e dei risarcimenti »; GOBBI, *L'assicurazione in generale*, Milano 1898, pag. 85: « L'assicurazione si ottiene, sostituendo al *costo eventuale totale* (che occorrerebbe per ottenere la disposizione della ricchezza destinata a soddisfare il bisogno eventuale) un *costo certo parziale*. Per risolvere il problema di sostituire ad un costo eventuale un costo certo che sia solo una frazione del primo, *occorre riunire molti elementi egualmente sottoposti al rischio*, e colla somma dei contributi messi a carico di ciascuno di essi, formare un fondo sufficiente per far fronte al bisogno complessivo, che si presenterà »; ROCCA, *Manuale teorico-pratico di assicurazione*, Milano 1911, dopo aver definito (pag. 3) l'assicurazione « l'unione di più persone allo scopo di provvedere ai bisogni futuri, mediante accumulazione di capitale e trasferimento di rischio », aggiunge (pag. 7): « Notiamo da ultimo che l'unione di più persone si verifica sempre, qualunque sia l'aspetto giuridico, sotto il quale la società ci si presenta; unica differenza è, che nelle mutue gli assicurati sono uniti dal vincolo sociale: nelle società anonime, invece, la comunione degli assicurati si ha soltanto nel senso che tutti si trovano nella stessa condizione giuridica di fronte all'impresa assicuratrice »; LEROY-BEAULIEU, *Trattato teorico-pratico di economia politica* (*Bibl. dell'Economista*, 4ª serie, X, 2, Torino 1898), pag. 664: « L'assicurazione è una *compensazione generale dei sinistri fra persone* le quali *costituiscono* a tale effetto un gruppo; il sinistro si divide per tal modo fra tutti i membri del gruppo *proporzionalmente alle parti precedentemente acconsentite* da ognuno »; WAGNER, *Le assicurazioni*, in SCHÖNBERG, *Manuale di economia politica* (*Biblioteca dell'Economista*, 3ª serie, XIII, Torino 1889), pag. 800 e 801: « Ogni assicurazione, per sua natura, si basa sulla *mutualità*, ossia, prendendo la parola nel suo significato pratico, sull'*associazione* e quei due sistemi (assicurazione mutua e assicurazione di speculazione) non sono che due forme giuridiche diverse, *intese ad attuare quel principio di mutualità e di associazione* ». E più oltre: « Per l'attuazione pratica dell'assicurazione debbono formarsi *associazioni di rischi* »; CHAUFTON, *Traité de l'assurance*, Paris 1884, I, pag. 214: « L'assicurazione è la compensazione degli effetti della sorte *mediante la mutualità* organizzata secondo le leggi della statistica ». Così pure GOLDSCHMIDT, *Handb.*, I, pag. 582; THALLER, *Traité élém.*, pag. 818.

associazione di rischi, e che in ogni comunione si ha uno scambio, in quanto che ciascun comunista scambia la cosa che mette in comune con una quota parte delle cose diventate comuni. Soltanto, nell'assicurazione non è un bene che si pone in comune, si pone in comune un rischio, cioè la possibilità di un evento, che determina un bisogno economico, e perciò si partecipa, non ad un patrimonio, non ad un complesso di beni, bensì ad un complesso di bisogni. Ma non è detto che soltanto dei beni possa darsi comunione e scambio; si può dare comunione e scambio anche dei debiti ed anche dei bisogni. In conclusione, nella assicurazione noi abbiamo lo scambio d'un rischio individuale con una quota proporzionale di un rischio collettivo.

Ora può darsi che questo scambio, cioè la comunione dei rischi, avvenga direttamente fra le stesse persone esposte agli stessi rischi, e in realtà la prima forma in cui apparve l'assicurazione in senso tecnico, fu appunto la forma mutua. Le persone esposte agli stessi rischi si riunivano, mettevano in comune i loro rischi e, verificatosi l'evento assicurato, ripartivano fra tutti gli associati la somma necessaria a fronteggiarne gli effetti, versandola poi all'associato, rispetto al quale l'evento si era verificato. Ma ben presto anche in questa forma di scambio intervennero gli intermediari, e alla associazione diretta degli interessati, si sostituì un ente intermediario, che ne assunse le funzioni. Si costituirono potenti società anonime, che erano le uniche adatte per la loro solidità economica e per la loro durata ad assumere siffatte funzioni. Queste società si interposero fra tutti coloro che erano esposti agli stessi rischi, andarono in cerca degli assicurati e concentrarono i rischi in sè, per distribuirli poi fra gli assicurati sotto forma di premio. Lo scambio e l'associazione dei rischi si opera oggi dunque attraverso le grandi società anonime o i grandi enti, che esercitano la industria delle assicurazioni (1). L'istituto assicuratore si assume tutti

---

(1) L'elemento del *trasferimento del rischio* nelle assicurazioni è stato, meglio di tutti, messo in luce dal Willet, *The economic theory of risk and insurance*, New York 1901. Vedi Rocca, *Assicurazioni*, pag. 17 e 18. Se formalmente e quindi giuridicamente, il trasferimento del rischio ha

i rischi individuali, che poi ripartisce in tante quote che addossa agli stessi assicurati.

Si vede dunque quanta analogia vi sia fra la funzione dell'assicuratore e quella degli altri intermediari dello scambio. Come il mercante concentra le merci e le distribuisce, come il banchiere concentra il credito e lo distribuisce, come l'imprenditore concentra il lavoro e ne distribuisce i prodotti, così l'assicuratore concentra i rischi e li ripartisce (1).

48. Mentre, come abbiamo veduto, per gli atti di commercio fondamentali enumerati nell'art. 3, n. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 19, 20, 21 codice di commercio, aggruppati nelle quattro categorie sopra menzionate, il carattere commerciale deriva dallo loro intrinseca natura, per gli altri atti enumerati nell'art. 3 e negli art. 4, 5 e 6 del codice di commercio, la commercialità deriva semplicemente da un rapporto

---

luogo dall'assicurato all'assicuratore, sostanzialmente, e quindi, economicamente, il trasferimento avviene dal *singolo* assicurato alla collettività degli assicurati; l'assicuratore dal punto di vista economico, non è che un semplice *intermediario*. La sostanza del fenomeno è, dunque, la stessa, tanto nelle forme più semplici di mutue, che costituiscono meri uffici di ripartizione, quanto nelle mutue, come quelle disciplinate dal nostro codice di commercio, che sono vere e proprie società, aventi personalità giuridica (codice di commercio, art. 239), quanto, infine, nelle società di speculazione e negli istituti pubblici. Vedi Rocca, *Assicurazioni*, pag. 7; Wagner, *Assicurazioni*, pag. 800.

(1) È naturale che concentrare i rischi vuol dire concentrare i capitali destinati a fronteggiare gli effetti economici, e ripartire i rischi, vuol dire ripartire tali capitali fra coloro che hanno subìto quegli effetti. Vedi Lacour, *Précis de droit commercial*, Paris 1912, pag. 38; Arcangeli, *Nozione giur. del commercio*, pag. 600, nota 3. La forma adottata nel testo ha però il pregio dell'evidenza e della brevità, mentre non è esatto cercare il fondamento della commercialità delle assicurazioni nell'*elemento dell'impresa*. L'industria delle assicurazioni rientra nella sfera dei rapporti commerciali per la sua specifica funzione di intermediaria nello scambio o trasferimento del rischio. Al Montessori, opera citata, pag. 523, che nega ogni funzione intermediaria nell'assicurazione, sfugge completamente il doppio trasferimento e quindi lo scambio del rischio che avviene tra il singolo assicurato e la collettività degli assicurati, da cui deriva, di necessità, alle imprese, attraverso le quali lo scambio si effettua, la figura di intermediari.

di connessione, che li lega ad una attività commerciale. Si tratta di atti per sè stessi di carattere neutro, che per sè possono essere tanto civili quanto commerciali, e che diventano commerciali, solo in quanto siano connessi con un atto di commercio fondamentale.

Per varî atti, dalla stessa formulazione della legge appare evidente che la ragione della commercialità sta in un rapporto di connessione con una attività commerciale:

a) così per le *operazioni di mediazione* « *in affari commerciali* » (art. 3, n. 22); la mediazione in sè non è atto di commercio, ma lo diventa, quando ha per oggetto la trattazione di un affare commerciale, e perciò, quando è in rapporto di connessione con un atto di commercio (1);

b) e lo stesso deve dirsi riguardo ai *depositi*, che sono commerciali, quando hanno luogo « *per causa di commercio* » (art. 3, n. 23), e al *conto corrente e all'assegno bancario*, che sono atti di commercio, se hanno « *causa commerciale* » (articolo 6, capov.); ciò significa che gli uni e gli altri possono essere e possono anche non essere atti di commercio, e, precisamente, sono commerciali, quando vengono occasionati da un affare commerciale, quando, in altri termini, sono connessi con un atto di commercio (2);

---

(1) Il rapporto di connessione con un affare commerciale, come fondamento e condizione della commercialità della mediazione, è riconosciuto da tutta la dottrina (vedi, per es., VIVANTE, *Trattato*, I[5], n. 81) ed è stato rilevato meglio di tutti dal BOLAFFIO, *Comm.*, n. 77.

(2) Quanto ai *depositi* l'equivalenza tra la *causa di commercio* e la *connessione con un affare o con un'attività commerciale* non mi sembra abbia bisogno di dimostrazione. Le obiezioni del VIVANTE, *Trattato*, I, n. 476, dipendono (come meglio rileveremo in seguito) da uno scambio tra connessione o dipendenza *giuridica* e connessione o dipendenza *economica*. È certo che il deposito è un contratto *giuridicamente* autonomo, ma è altrettanto certo che *economicamente* esso può essere, anzi diremo addirittura è, di regola, connesso con un altro affare. La custodia non è fine a sè stessa, si deposita sempre per un ulteriore scopo economico, che va al di là dello scopo economico immediato o causa giuridica del contratto, che è sempre la custodia. Questo scopo ulteriore o *causa remota* può essere un affare civile o un affare di commercio. Quando è un affare di commercio, è evidente la dipendenza o connessione (economica) tra il deposito e l'affare commerciale. Bene in questo senso: BOLAFFIO,

c) anche le *assicurazioni nei riguardi dell'assicurato*, sono atti di commercio, quando le cose assicurate sono « *oggetti o stabilimenti di commercio* » (art. 6 princ.): è questo il caso tipico di connessione tra l'assicurazione e un affare o una serie di affari commerciali, giacchè un *oggetto di commercio* o uno *stabilimento di commercio* presuppongono di necessità un affare o una serie di affari commerciali (1);

d) egualmente, le *compere e vendite di quote o azioni « di società commerciali »* (art. 3, n. 5), sono atti di commercio per ragioni di connessione con uno o più affari commerciali. Le società commerciali infatti hanno per iscopo il compimento di uno o più atti di commercio (codice di comm., art. 76); acquistare una quota o azione di società commerciale, significa diventare socio di una società commerciale, e quindi partecipare a una impresa, che ha per iscopo uno o più atti di commercio; e vendere una quota o azione di società commerciale significa uscire da una società commerciale, cioè disinteressarsi di una impresa, che ha per iscopo uno o più atti di commercio. La connessione tra l'atto di chi compera o vende una quota o azione di società commerciale, e l'affare o gli affari di commercio, che costituiscono lo scopo della società, è evidente (2);

Comm., n. 84, pag. 413 e seg.; Arcangeli, *Il servizio bancario delle cassette forti*, in *Riv. di dir. comm.*, 1905, 1, 295. E lo stesso è a dirsi del *conto corrente* e dell'*assegno bancario*.

(1) Qui l'elemento della *connessione* o della *dipendenza* come base della commercialità è riconosciuto anche dal Vivante, *Tratt.*, I, n. 78, pag. 111.

(2) Sebbene non se ne tragga la conseguenza precisa delineata nel testo (classificazione tra gli atti *commerciali per connessione*), la dipendenza o connessione tra la compra-vendita delle quote o di azioni ed una impresa commerciale è, più o meno chiaramente, riconosciuta da molti autori. Vedi Vivante, *Trattato*, I[5], n. 47, che deriva la commercialità di questi atti da ciò che essi espongono l'acquirente « al rischio dei guadagni e delle perdite cui è esposto l'ente sociale »; Bolaffio, *Comm.*[5], n. 38: « Acquisto e vendita sono commerciali, perchè si spiegano sopra quei titoli che attribuiscono o fanno perdere al titolare, che, rispettivamente, acquista o vende, la qualità di socio, sia pure con responsabilità limitata, di una società commerciale »; Franchi, *Comm.*, n. 53: « Anche nella compra-vendita di quote o di azioni di società commerciali la commercialità è dichiarata in base a un elemento suo proprio, distinto dalla intenzione di rivendere. Benchè, infatti, le azioni delle società, e specialmente

e) dello stesso genere è la ragione della commercialità degli atti indicati nell'art. 4. Questo articolo dichiara genericamente commerciali tutti i *contratti e le obbligazioni dei commercianti*, *quindi tutti gli atti compiuti dai commercianti*, salvo che siano di natura essenzialmente civile, o che il contrario risulti dall'atto stesso. L'art. 4 stabilisce una *presunzione;* esso presume che *tutti gli atti compiuti da un commerciante si riferiscano all'esercizio del commercio*, e, *a questo titolo*, li dichiara commerciali. La dichiarazione di commercialità ha, dunque, per base una presunta *connessione* tra gli atti che un commerciante compie e il suo esercizio commerciale (1);

---

quelle al portatore, siano in principal modo oggetto di compera per rivendere, cioè funzionino come oggetto di commercio, al pari di ogni altro titolo di credito, si è dovuto considerare che chi acquista un titolo di questo genere, diventa necessariamente *socio* della società, e quindi fa un atto giuridico, che si attiene strettamente nel campo commerciale, pel quale direttamente sorgono ed agiscono le società commerciali ». Lo stesso concetto, del resto, si trova già nei lavori preparatorî del codice: vedi *Atti della Commissione* del 1869, verbale XXVIII, n. 123 (parte II, pag. 19) in cui il senatore CABELLA notava la differenza di trattamento fatto alle compre-vendite dei titoli di credito, enumerati dall'art. 3, n. 1, e alle compre-vendite di quote o azioni di società ricordate dall'art. 3, n. 5; mentre le prime costituiscono affare commerciale solo quando vi sia l'intenzione di rivendere, le seconde lo sono sempre perchè « in esse concorrono due operazioni, che hanno carattere commerciale, tanto per chi, vendendo, scioglie per parte sua i rapporti che lo legano alla società commerciale, quanto per chi, comprando l'azione, contrae eguali rapporti ed entra nella società ».

(1) La *connessione* tra gli atti del commerciante e la sua attività commerciale è assunta a base della commercialità degli atti medesimi (col sussidio della presunzione scritta nell'art. 4) da tutti gli autori: vedi VIVANTE, *Trattato*, I[5], n. 84; MANARA, *Atti di commercio*, n. 32 e seg.; MAGRI, *Materie commerciali*, pag. 52 e 53, e anche BOLAFFIO, *Comm.*[5], n. 19 e 87. Solo l'ANGELONI, *Osservazioni sull'articolo* 4 *del codice di commercio*, pag. 18 e seg., afferma che la presunzione non riguarda il riferimento o la connessione col commercio, ma direttamente la *commercialità* degli atti del commerciante. Abbiamo già notato più sopra l'assurdità di questa dottrina, che riferisce la presunzione non già ad un fatto determinato, ma ad un fatto necessariamente indeterminato, come la *commercialità*. Contro l'ANGELONI, ma senza colpire il punto essenziale della controversia: MAGRI, *Delle recenti teoriche sulla partizione degli atti di commercio*, pag. 6 e seguenti. Bene invece il LUMBROSO, *Le obbligazioni*

f) ma questa ragione della connessione è il fondamento della commercialità anche di altri atti, in cui essa non appare a prima vista.

---

commerciali che non nascono da contratto, pag. 5 e seg.; 41 e seg. dell'estratto, che non solo fonda la commercialità degli atti dei commercianti sopra la connessione loro con l'esercizio commerciale, ma estende il principio anche agli atti dei non commercianti connessi con un atto di commercio. Più precisamente ancora AZZARITI, in *Riv. di dir. comm.*, 1907, II, 10, nota che la ragione per cui la legge dichiara commerciali gli atti giuridici, diversi da quelli enumerati nell'art. 3, non è la qualità di commerciante nel loro autore, ma è il riferimento, la connessione che essi hanno col commercio, e fonda sull'art. 4 tutta una categoria di atti di commercio per accessorio, che comprende tanto gli atti dei commercianti quanto gli atti dei non commercianti, che siano connessi al commercio (pag. 14). Il criterio della connessione, per qualificare commerciali gli atti dei commercianti, è accolto unanimemente dalla dottrina francese e dalla dottrina tedesca. La dottrina francese, anzi, chiama gli atti dei commercianti commerciali *en vertu de l'accessoire*, vedi LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, Paris 1906, 4ª ediz., I, pag. 183, n. 122; MASSÉ, *Droit comm.*, n. 968; THALLER, *Traité élém.*[7], n. 60. Evidente è poi la commercialità per connessione degli atti compiuti dai commercianti nel codice germanico del 1861 (§§ 273 e 274), vedi GOLDSCHMIDT, *Handb.*[2], I, pag. 653, e seg., che li chiama *affari ausiliari* (*Hülfgeschäfte*); BEHREND, *Lehrbruch* pag. 132, che li chiama affari ausiliari e accessori (*Hülf oder Nebengeschäfte*); ENDEMANN, *Deutsches Handelsrecht*, pagina 32; GAREIS u. FUCHSBERGER, *Handelsgesetzbuch*, pag. 599 e 569. Secondo il nuovo codice (§ 343) sono commerciali tutti gli affari dei commercianti, i quali appartengono all'esercizio del suo commercio; ma questa disposizione, benchè riproduca sostanzialmente la norma del § 273, ha una portata diversa; mentre il § 273 che seguiva altri paragrafi, in cui si annoverano gli atti di commercio principali, non comprendeva che gli atti di commercio *accessori*, il § 343 del nuovo codice, che non enumera più atti di commercio principali, ma solo attività il cui esercizio *professionale* è commerciale, comprende *tutti* gli atti di commercio, e cioè tanto quelli *costitutivi* dell'esercizio commerciale, quanto quelli *accessori*. Ma che vi rientrino anche gli atti accessori, ossia *connessi* con l'esercizio professionale, è riconosciuto senza difficoltà dalla dottrina: vedi DÜRINGER u. HACHENBURG, *Handelsgesetzbuch*, pag. 197 e 198, che distingue, tra gli atti dei commercianti *Grundhandelsgeschäfte, relative Handelsgeschäfte* e *accessorische Handelsgeschäfte;* RITTER, *Handelsgesetzbuch*, Berlin 1910, pag. 425; STAUB, *Komm.*, II, pag. 1042 e 1043; COSACK, *Lehrb.*[7], pag. 39; LEHMANN, *Lehrb.*[5], pag. 62; WIELAND, *Handelsrecht*, Munchen u. Leipzig 1921, I, pag 65 e 66; EHRENBERG *Handbuch des gesammten Handelsrechts*, Leipzig 1918, II, pag. 87.

Così per il *riporto* (art. 3, n. 4). Tralasciando di darne, per ora, una precisa definizione giuridica, che non c'interessa qui, e limitandoci a descriverne la struttura economica, diremo che il riporto è una operazione, per cui si riceve a credito una somma di danaro, consegnando una certa quantità di titoli di una determinata specie, o si riceve a credito una certa quantità di titoli di una determinata specie, consegnando una somma di danaro, con facoltà, nel datore di credito, di servirsi dei titoli e del danaro ricevuto, per tutta la durata dell'operazione, mediante un compenso che, nel primo caso, si chiama *riporto*, e nel secondo *deporto*.

La ragione della commercialità del riporto non è intrinseca, ma puramente estrinseca. Per quanto dal punto di vista formale e giuridico, il riporto possa anche apparire come una compera a pronti accompagnata da una contemporanea rivendita a termine, o una vendita a pronti con una contemporanea ricompera a termine degli stessi titoli (e così infatti configura il riporto il nostro codice, art. 73), dal punto di vista sostanziale ed economico esso non ha nulla di comune colla compera per rivendere, che l'art. 3, n. 1 e 2, considera atto di commercio. Nella compera per rivendere, si ha economicamente uno scambio mediato o indiretto, un atto d'interposizione nello scambio. Invece, nel riporto, questo carattere economico manca completamente, perchè chi compera rivende allo stesso compratore, e quindi economicamente non si ha uno scambio mediato, ma un doppio scambio immediato, e nessuna funzione intermediaria.

Invece, la commercialità del riporto dipende dalla sua *normale* connessione con un affare commerciale. L'operazione di credito, che si chiama riporto, mediante la quale ci si procura danaro o titoli, serve a svariati intenti, tutti quanti però connessi con un affare commerciale. Serve agli speculatori in borsa per ottenere il danaro e i titoli necessari alle loro operazioni; alle banche, per impiegare proficuamente i capitali, che loro affluiscono; alle aziende commerciali o industriali per realizzare danaro, senza alienare definitivamente i titoli, che costituiscono le loro riserve. Raramente o mai un privato farà un riporto per i bisogni della sua azienda domestica o agricola. Egli, certo, non può aver bisogno di prendere a pre-

stito titoli, e, se vorrà prendere a prestito denaro, preferirà alienare i titoli che possiede o darli propriamente in pegno (1);

g) meno semplice si presenta il problema per le *cambiali* (art. 3, n. 12). Ma anche la cambiale è considerata atto di commercio, perchè *normalmente* essa è connessa con un affare commerciale. Questa connessione appare già nella prima fase dello sviluppo storico della cambiale, quando essa era strumento del cambio traiettizio, quando, cioè, serviva ai pagamenti fra piazze lontane; rapporti di debito e credito fra piazza e piazza non si stabilivano, infatti, di regola, che in seguito ad operazioni di commercio.

Ma, anche nella fase odierna di sviluppo dell'istituto cambiario, in cui la cambiale è diventata un puro e semplice titolo di credito, quella connessione originaria continua, per altro motivo, a sussistere. Oggidì, la cambiale adempie alla sua normale funzione economica, quando è strumento di credito *commerciale*, quando, cioè, dipende da una operazione di *commercio*. In pratica, è vero, la cambiale è spesso adoperata per molti altri scopi: come strumento di credito industriale, di credito agrario e perfino di credito improduttivo. Ma sono, qual più, qual meno, tutte deviazioni, piene d'inconvenienti, le quali non tolgono, che nella sua buona e normale funzione,

(1) La normale connessione del riporto con un affare commerciale è rilevata da tutti gli scrittori. Taluni mettono particolarmente in rilievo la sua connessione con la speculazione di borsa, e precisamente, coi contratti a termine, di cui servono a riportare o prolungare la esecuzione (di qui il loro nome di affari di riporto o di prolungamento) (*Prolongationsgeschäfte*), vedi Piccinelli, *Valori pubblici e operazioni di borsa*, Milano 1897, pag. 678 e seg.); Buchère, *Traité théorique et pratique des opérations de la bourse*, Paris 1882, pag. 383 e seg.; Courtois, *Traité élémentaire des opérations de bourse et de change*, Paris 1882, pag. 68 e seg.; Rota, *Principî di scienza bancaria*, Milano 1885, pag. 218; Ferraris, *Principî di scienza bancaria*, Milano 1882, pag. 34 e seg.; Lexis, *Il commercio* (*Bibl. Econom.*, serie 3ª, vol. XIII), pag. 606 e seg.; Lehmann, *Lehrb.*², pag. 773-775; Adler, in *Zeitschrift für das gesammte H. R.*, XXXV, pag. 418; Ofner, in *Zeitschrift für d. ges. H. R.*, XXXVII, pag. 438; Cosack, *Lehrb.*⁸, pag. 298 e 299. Ma non mancano scrittori che considerano le altre applicazioni del riporto, e la sua connessione specialmente col commercio bancario, e con tutte le forme in genere, di speculazione commerciale. Vedi, specialmente: Vivante, *Trattato*, IV⁴, n. 1707 e 1708; Piccinelli, *Operazioni di borsa*, pag. 680.

la cambiale debba considerarsi come un necessario e quotidiano sussidio della sola attività *commerciale* (1);

h) egualmente, come per la cambiale, per ragioni storiche e per ragioni pratiche, debbono ritenersi commerciali, perchè connesse con l'esercizio del commercio, le diverse attività inerenti alla *navigazione*.

Sono, in verità, dalla legge considerati atti di commercio: *la costruzione, la compera, la vendita e la rivendita di navi* (art. 3, n. 14); *le compere e le vendite di attrezzi, arredi, vettovaglie, combustibili ed altri oggetti di armamento per la navigazione* (art. 3, n. 15); *le spedizioni marittime* (art. 3, n. 16); *gli arruolamenti di persone a servizio di navi di commercio e le convenzioni per salari e stipendi di equipaggi* (art. 3, n. 17); *i noleggi e i prestiti a cambio marittimo e gli altri contratti riguardanti il commercio di nave e la navigazione* (art. 3, n. 18).

Se si considera che la massima parte del commercio mondiale si è sempre fatta per via di mare, e che in tutti i tempi la navigazione ha servito e serve al commercio, è facile comprendere il fondamento di queste disposizioni di legge. Dal punto di vista storico la connessione tra l'esercizio della navigazione e l'esercizio del commercio è evidente. Per lungo tempo, l'armatore e il capitano furono anche commercianti: essi non solo provvedevano ad armare e a far navigare la nave, ma trafficavano nei varî paesi, dove la navigazione conduceva la nave; compravano merci in un porto, e le rivendevano altrove, o assumevano incarico di vendere e di comperare e di scambiare merci per conto altrui. Con l'introduzione della navigazione a vapore, con l'impianto di linee regolari, le due funzioni si sono separate, e l'antica connessione tra l'esercizio del commercio e quello della navigazione è venuta meno. Resta, tuttavia, vero anche oggi che, se non l'armatore, il caricatore è, di regola, un commerciante, che

(1) Vedi, specialmente, SRAFFA, *La cambiale e i non commercianti*, in *Arch. giur.*, 1897, pag. 137; WAGNER, *Credito e banche*, in *Manuale di economia politica* di SCHÖNBERG (*Bibl. Econ.*, serie 3ª, vol. XI), pag. 444 e 445. Il carattere eminentemente commerciale della cambiale come strumento del credito risulta chiarissimo dalla esposizione del GRÜNHUT, *Wechselrecht*, Wien 1897, I, § 3, pag. 10 e seguenti.

della navigazione si serve come di un mezzo per l'esercizio del suo commercio; perciò tutti i rapporti inerenti al carico sono anche oggi connessi con una attività commerciale principale. Non sono invece oggi più connessi con un'altra attività mercantile i rapporti inerenti all'armamento della nave; tutti questi rapporti debbono ritenersi commerciali, non già per una ragione di connessione, ma per una ragione intrinseca. Tuttavia, la legge nostra non ha seguìto qui, come in molti altri casi, l'evoluzione compiuta dalla industria navale, e considera i rapporti della navigazione tutti insieme, senza distinguere quelli, a cui il carattere commerciale deriva dalla loro intrinseca natura, da quelli, a cui esso deriva da un rapporto di connessione, e invece di considerare come commercianti per connessione i soli rapporti inerenti al carico, e commerciali per sè, perchè costituenti *imprese*, i rapporti inerenti all'armamento, continua a conglobare gli uni e gli altri in una serie di atti commerciali per connessione (1);

i) in ultimo, una ragione di connessione spiega la commercialità dei *depositi nei magazzini generali* e di *tutte le operazioni sulle fedi di deposito* e *sulle note di pegno* da essi rilasciate (art. 3, n. 24).

Qui non sono contemplati tutti i rapporti inerenti ai magazzini, ma le sole operazioni di deposito, e quelle concernenti i titoli rilasciati dai magazzini in seguito al deposito. Or non è dubbio che, *nella sua funzione normale*, il deposito nei magazzini generali serve ad agevolare il traffico delle merci, in quanto i magazzini rilasciano titoli (*fedi di deposito*) il cui trasferimento basta per trasferire la disponibilità delle merci; come ad agevolare il credito durante la circolazione delle merci, facilitando gli anticipi su di esse, servono le fedi di deposito e le note di pegno rilasciate dai magazzini. Di regola infatti deposita merci nei magazzini il commerciante,

(1) La connessione con l'attività commerciale come fondamento della commercialità degli atti inerenti alla navigazione è riconosciuta dal VIVANTE quando (*Trattato*, I[5], n. 79) ammette che la nave «è una cosa che imprime il carattere commerciale a tutte le obbligazioni inerenti al suo esercizio». La nave è un oggetto eminentemente commerciale in quanto è strumento potentissimo del traffico.

che le ha acquistate per un intento di speculazione; e gira la fede di deposito, che dà diritto alla riconsegna pura e semplice della merce, il commerciante, che vende la merce depositata, ponendo così termine alla sua speculazione; come gira la nota di pegno il commerciante, che non volendo o non potendo vendere la merce, vuole intanto realizzare parte almeno del capitale investito, ottenendo anticipi su di essa. Non si nega che il deposito nei magazzini possa eventualmente servire ad altre operazioni non commerciali; ma si tratta di casi eccezionali, che nulla tolgono alla normale connessità, che esiste fra le varie operazioni inerenti al deposito e l'attività commerciale (1).

49. Il modo, con cui la legge tratta gli atti connessi con una attività commerciale è diverso.

a) Nei casi più semplici, la legge vuole che la connessione sia volta per volta dimostrata. Così per la mediazione (art. 3, n. 22), di cui si stabilisce la commercialità, dimostrando che riguarda un affare commerciale. Così per i depositi (art. 3, n. 23), di cui si deve provare, che hanno causa di commercio. Così per il conto corrente e l'assegno bancario (art. 6, capov.) riguardo ai non commercianti (per i commercianti soccorre invece la presunzione dell'art. 4), di cui pure si deve dimostrare la causa commerciale. Così ancora per l'assicurazione rispetto all'assicurato (art. 6, princ.), che è commerciale quando si fornisca la prova che concerne cose, le quali sono oggetto o stabilimento di commercio. Così infine per la semplice compera o la semplice vendita di quote o azioni sociali (art. 3, n. 5), di cui si deve dimostrare che la società, alla quale le quote od azioni appartengono, è una società commerciale;

b) altre volte, e precisamente per l'ampia categoria di atti contemplati nell'art. 4, la legge viene in soccorso di chi ha interesse a dimostrarne la connessione, e la presume, ammettendo però la prova contraria. La legge infatti, stabilendo che tutti gli atti dei commercianti sono commerciali,

(1) Confr. Vivante, *Trattato*, I, n. 74 e 75, e sopratutto Bolaffio, *Comm.*, I, pag. 411 e 412.

non fa altro che porre una presunzione. Essa presume che tutti gli atti compiuti da un commerciante siano connessi con la sua attività commerciale, salva la prova contraria. Si avverta però che la prova della non connessione non è ammessa in modo illimitato, ma solo nei termini tassativamente indicati nell'art. 4. Si tratta dunque non già di una presunzione assoluta, ma di una presunzione relativa, e precisamente di quelle presunzioni relative, che ammettono solo alcune prove in contrario. La presunzione si riferisce a tutti quanti gli atti del commerciante; tutti gli atti del commerciante perciò, rientrino o non rientrino nella sfera ordinaria dei suoi affari, si presumono connessi colla sua attività mercantile. Per combattere questa presunzione non si possono addurre che due prove: o che la connessione coll'esercizio mercantile è esclusa dalla natura stessa dell'atto; o che dalle circostanze stesse dell'atto questa esclusione rimanga provata. Non si può perciò sottrarsi alla presunzione dell'art. 4, se non provando:

1º che la stessa natura dell'atto esclude la connessione ossia che l'atto è essenzialmente civile. In questo senso non è atto essenzialmente civile la donazione (1) (perchè vi sono donazioni fatte per causa di commercio, esempio: doni per *réclame*, gratificazioni agli impiegati di un'azienda, ecc.); neppure sono in questo senso atti essenzialmente civili gli atti illeciti, perchè non è raro purtroppo che il commercio degeneri in attività illecite (2); meno che mai sono atti

---

(1) Conf.: MANARA, op. cit., n. 53; VIVANTE, *Trattato*, I, n. 91; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, pag. 249. Contro: BOLAFFIO, *Comm.*, n. 88; NAVARRINI, *Trattato*, n. 189. Nemmeno la costituzione di rendita vitalizia è essenzialmente civile. App. Bologna, 16 settembre 1898 (*Legge*, 1899, I, 203); Cass. Roma, 30 maggio 1899 (*Foro ital.*, 1899, I, 1, 740).

(2) Questo punto fu in passato molto controverso. Prevalse a lungo nella giurisprudenza il concetto che la responsabilità derivante da fatti illeciti sia essenzialmente civile. La Corte di cassazione di Torino e quella di Roma, non senza qualche esitazione, decisero in tale senso fino a pochi anni indietro. Si veda, tra le ultime sentenze: Cass. Roma, sez. unite, 14 marzo 1906 (*Giur. ital.*, 1906, I, 1, 409, con nota contraria); 14 gennaio 1912 (*Ivi*, 1912, I, 1, 593); 20 febbraio 1914 (*Ivi*, 1914, I, 1, 394). Ma negli ultimi anni anche queste due, come già le altre Corti di cassazione, abbandonarono l'erronea dottrina. Citiamo, fra le sentenze più recenti: Cass. Firenze, 5 maggio 1904 (*Giur. ital.*, 1904, I, 1, 487);

essenzialmente civili i contratti agrari, che sono di solito civili, ma possono anche connettersi con l'esercizio del commercio, per esempio: con imprese edilizie e col commercio del bestiame (1); essenzialmente civili insomma non sono che gli atti che per loro stessa natura escludono la connessione col commercio, ad es.: il testamento, il matrimonio, l'adozione;

2° che la connessione con una attività commerciale è esclusa dalle circostanze stesse dell'atto; ciò che vuol dire semplicemente che gli elementi per combattere la presunzione possono desumersi dall'atto solo, e non da fatti antecedenti o susseguenti, e deve aversi riguardo alla volontà comune delle persone, che parteciparono all'atto e non agli intendimenti segreti di una sola di esse.

c) altre volte la legge non giunge fino ad elevare la connessione con un'attività commerciale a requisito estrinseco legale della commercialità, la cui esistenza debba essere provata in via diretta o in via di presunzione, ma assume la connessione a base di un'immediata dichiarazione di commercialità. Ciò accade per il *riporto* (art. 3, n. 4); per le *cambiali* (art. 3, n. 12); per le diverse attività inerenti alla *navigazione* (art. 3, n. 14-18); per i *depositi* nei *magazzini generali* (art. 3, n. 24). Rispetto a tutti questi atti, la connessione con uno o più affari commerciali è il *motivo*, per cui la legge ha dichiarato la commercialità, è *l'ipotesi logica*, la quale

---

Cass. Torino, 2 ottobre 1907 (*Ivi*, 1908, I, 1, 91); Cass. Napoli, 10 marzo 1908 (*Ivi*, 1908, I, 1, 424); Id., 21 marzo 1911 (*Ivi*, I, 1, 588); Cass. Torino, 30 dicembre 1911 (*Ivi*, 1912, I, 1, 221); Cass. Palermo, 10 marzo 1913 (*Circ. giur.*, 1913, 230); Cass. Torino, 31 ottobre 1913 (*Giur. tor.*, 1913, 1466); Id., 26 settembre 1914 (*Mon. trib.*, 1914, 821); Cass. Palermo, 13 ottobre 1914 (*Foro ital.*, 1915, I, 232); Cass. Roma, 27 marzo 1916, 12 aprile 1916, 17 luglio 1916 (*Ivi*, 1916, I, 1, 527, 583 e 1013); Id., 17 aprile 1920 (*Ivi*, 1920, I, 1, 421); Cass. Napoli, 14 aprile 1921 (*Ivi*., 1921, I, 403); Cass. Palermo, 29 ottobre 1921 (*Mon. trib.*, 1922, 946); Cass. Torino, 22 giugno 1923 (*Foro ital.*, 1923, I, 1135). Nello stesso senso si è pronunciata anche la Cass. del Regno, 18 marzo 1925 (*Foro ital.*, 1925, I, 742).

(1) Confr., da ultimo, Cassazione del Regno, 22 maggio 1925, inedita (*Repert. Foro ital.*, voce *Atto di commercio*, n. 6); Cass. Roma, 19 febbraio 1923 (*Giur. ital.*, 1923, I, 1, 264). Più particolarmente per le locazioni di fondi rustici, Cass. Roma, 13 aprile 1917 (*Riv. di dir. comm.*, 1917, II, 535); App. Bologna, 21 gennaio 1916 (*Ivi*, 1916, II, 479).

costituisce il fondamento della norma giuridica, che sottopone quegli atti all'impero del diritto commerciale. Si potrebbe, anche, parlare di una *presunzione iuris et de iure* di connessione, perchè, in sostanza, si ha questa specie di presunzione ogni volta che la legge detta una norma, in base ad una condizione di fatto, la cui esistenza è probabile, e che essa ammette, a prescindere da ogni prova. Ma noi preferiamo di evitare questo concetto della *presunzione iuris et de iure*, sulla cui proprietà tecnica sarebbe molto da discutere.

50. Tutto ciò premesso, siamo ora finalmente in grado di determinare il concetto dell'atto di commercio, e classificare gli atti di commercio.

Dobbiamo, in primo luogo, affermare, contro la dottrina dominante, che un concetto dell'atto di commercio, secondo il nostro diritto positivo, esiste. La conclusione negativa, a cui di solito si giunge, dipende dal non avere sufficientemente approfondito le ragioni *intrinseche*, che hanno determinato la commercializzazione di ciascuno degli atti enumerati negli articoli 3, 6 codice di commercio, e dall'essersi fermati alla considerazione del lato *estrinseco* del processo storico, che vi presiedette. In realtà un'osservazione assai semplice doveva bastare a persuadere della fallacia di questa conclusione negativa: con la progressiva generalizzazione che si opera mediante la estensione analogica, deve esser sempre possibile risalire ai principî generali comuni ad un gruppo di norme giuridiche.

Ma dobbiamo, altresì, in secondo luogo, affermare che il concetto dell'atto di commercio deve desumersi, non già, *a priori*, da più o meno vaghi criteri economici, ma *a posteriori*, dall'esame della legislazione positiva. Il concetto, che noi vogliamo stabilire, è un concetto di *diritto positivo:* noi non vogliamo sapere che cosa è, in sè, l'atto di commercio, ma quale è il concetto, che se ne è fatto il legislatore italiano. Consideriamo perciò come infruttuosi, per il difetto stesso del metodo adoperato, tutti i tentativi dei commercialisti, di giungere a una determinazione aprioristica dell'atto di commercio, mediante criteri desunti dalla economia politica.

L'analisi del sistema del diritto positivo ci ha condotti a conchiudere che la legge ha determinato come commerciali una serie di attività in base a *due* criteri: uno *intrinseco*, inerente alla *natura* stessa e alla *funzione economica caratteristica* dell'operazione; ed uno *estrinseco*, desunto dal rapporto di *connessione*, con cui un'attività, non avente per sè una funzione economica caratteristica, si trova con un'attività intrinsecamente commerciale. È chiaro che la nozione *sostanziale* dell'atto di commercio, secondo il codice, non può esser data che dagli atti *intrinsecamente* commerciali.

Ora noi abbiamo veduto che il concetto comune, il quale campeggia in tutte e quattro le categorie di atti intrinsecamente commerciali, nella *compera per rivendere e successiva rivendita;* nelle *operazioni di banca;* nelle *imprese;* nell'*assunzione di assicurazioni*, è il concetto dello *scambio indiretto o mediato*, della *interposizione nella effettuazione dello scambio.* Nella compera per rivendere e successiva rivendita, si ha scambio mediato di *merci*, *titoli di credito* o *immobili*, contro altri beni economici, di solito, contro denaro. Nelle operazioni di banca, scambio mediato di *denaro presente con denaro futuro;* di denaro contro denaro *a credito.* Nelle imprese, scambio mediato dei *risultati del lavoro* contro altri beni economici, specialmente contro denaro. Nelle assicurazioni, scambio mediato di un *rischio individuale* contro una *quota proporzionale di un rischio collettivo.* Ogni atto di commercio appartenente a una di queste quattro categorie, è un atto, in cui si realizza uno *scambio indiretto* o per *interposta persona*, una funzione di *interposizione* nello scambio. Diversi sono gli oggetti dello scambio: merci, titoli, immobili, denaro a credito, risultati del lavoro, rischio. Diverse sono le forme di scambio. Ma il fenomeno dello *scambio per interposta persona*, si ha in tutte le quattro categorie di atti contemplati dalla legge.

Risalendo ora, mediante il processo dell'estensione analogica, dalle quattro regole concernenti le quattro categorie di atti ora menzionate, al principio generale che le domina tutte, noi possiamo stabilire il concetto dell'atto *intrinsecamente commerciale* secondo il nostro diritto positivo. Per il quale, dunque, è atto *per sè commerciale* ogni atto, *in cui si effettua*

uno scambio indiretto o, il che vale precisamente lo stesso, ogni *atto di interposizione nello scambio*, quale che sia l'oggetto e la forma dello scambio.

Non è essenziale all'atto di commercio lo scopo di *speculazione* o di *lucro*. Di regola, certo, chi si interpone per realizzare uno scambio indiretto, non vorrà arrischiare inutilmente la sua attività e i suoi capitali, e mirerà a ottenere un guadagno. Ma, dal punto di vista del nostro diritto positivo, lo scopo di guadagno non è richiesto. L'evoluzione sociale ed economica ha, infatti, assegnato a questa funzione intermediaria anche scopi diversi da quello del lucro. Oggidì questa funzione è esercitata anche dallo Stato e da altri enti pubblici nell'interesse della collettività; è esercitata da enti creati dagli stessi interessati allo scambio per eliminare il lucro dell'intermediario; è esercitato talora da privati, da istituti pubblici, a scopo di beneficenza. E il nostro legislatore ha pienamente riconosciuto l'importanza di questa evoluzione, ammettendo che possano compiere atti di commercio lo Stato, le Provincie, i Comuni e gli altri enti pubblici, a cui è certamente estraneo lo scopo di lucro (art. 7): dichiarando commerciali le assicurazioni mutue (art. 3, n. 19 e 20, e 239), in cui l'ente assicuratore lavora a vantaggio degli stessi assicurati, e, in genere, considerando come commerciali tutte le società cooperative aventi per iscopo il compimento di un atto di commercio (art. 219), perchè le società cooperative si propongano appunto di eliminare, non la funzione intermediaria, che esse stesse esercitano, ma il lucro dell'intermediario. Il silenzio poi del codice sull'elemento della speculazione o del lucro a proposito di tutti gli atti di commercio, meno che per il commercio degli immobili (art. 3, n. 3), conferma che, almeno in linea di principio, lo scopo di realizzare un guadagno o lucro non è un requisito essenziale dell'atto di commercio (1).

Risponde questo concetto da noi dato dell'atto intrinsecamente commerciale al concetto di commercio secondo la economia politica? Risponde solo parzialmente. Secondo la scienza economica il commercio è quel ramo della produzione

(1) Vedi Vivante, *Trattato*, I^5, n. 34.

economica, che accresce il valore dei prodotti, con l'interporsi fra produttori e consumatori per facilitare lo scambio delle merci. In senso economico, adunque, il commercio riguarda più propriamente le merci. Al contrario, l'atto di commercio, secondo il codice, comprende ogni atto d'interposizione, qualunque sia l'oggetto dello scambio: merci, titoli, fondi urbani e rustici, denaro, lavoro, rischio. Inoltre, dal punto di vista economico, il commercio, essendo un ramo della produzione, il suo esercizio implica la riunione dei varî fattori della produzione e costituisce una *impresa*, che deve procurare pertanto all'imprenditore una remunerazione (*profitto*). Abbiamo visto, invece, come il nostro diritto commerciale concepisce il commercio anche senza profitto, e ciò non solo nel caso delle imprese cooperative, ma in generale.

In sostanza, il concetto dell'atto di commercio secondo il codice è *più largo* del concetto economico del commercio, ma questo ne costituisce il nucleo fondamentale. Economicamente il commercio è un'interposizione negli scambî; e giuridicamente l'atto di commercio è atto d'interposizione negli scambî. Solo, questo concetto dell'interposizione è dal diritto *esteso* ad altre forme d'interposizione e ad altre specie di scambî, oltre quelli conosciuti e studiati dalla scienza economica.

Io sono d'avviso che la differenza, puramente *quantitativa*, fra il contenuto dei due concetti, economico e giuridico, del commercio, dipende solo da ciò, che il diritto ha saputo cogliere, prima della scienza economica, la progressiva evoluzione di quel fenomeno sociale che è il commercio. Egli è che in realtà, accanto al commercio tradizionale dei prodotti greggi e manifatturati, altre forme e altri tipi di attività commerciale si sono andati svolgendo, e vi si sono, man mano, aggiunti: il commercio dei titoli, quello dei fondi urbani e rustici, il commercio del credito, il commercio del lavoro e quello del rischio. E accanto all'attività commerciale, di natura professionale, cioè sistematica e speculativa, di una classe ristretta di persone, quella dei commercianti, si è andata svolgendo una attività commerciale non professionale, ma occasionale di una folla di persone che, senza far del commercio un'occupazione sistematica, tentano, quando

l'occasione si presenti, una speculazione commerciale; e più ancora si è andata svolgendo l'attività degli stessi interessati agli scambî che hanno concentrato, mediante associazioni cooperative, in sè stessi la funzione intermediaria, per eliminare e volgere a proprio vantaggio il profitto dell'intermediario; si è andato svolgendo l'attività dello Stato e degli altri enti pubblici, che mercè le *statizzazioni* e le *municipalizzazioni*, sono andati assumendo in modo perfino eccessivo, a profitto della collettività, la funzione intermediaria propria del commercio. Oggi, lo abbiamo largamente dimostrato più sopra (1), il commercio è penetrato largamente in tutta la vita sociale, il suo campo di azione, sia quanto alle cose, sia quanto alle persone, si è smisuratamente ampliato, ed a questa più vasta e moderna comprensione del fenomeno economico, corrisponde il concetto del commercio nel diritto positivo.

51. Anche la *classificazione* degli atti di commercio può ormai farsi con tutta facilità, in base a criteri *sostanziali*, cioè in base al diverso *fondamento* della commercialità dei varî atti contemplati dalla legge, e al diverso *modo*, con cui essa fu dichiarata.

La ripartizione degli atti di commercio, che balza fuori spontanea dalla nostra analisi, è quella fra *atti commerciali per loro intrinseca natura*, e *atti commerciali per connessione*. Abbiamo veduto, infatti, che alcuni atti sono considerati commerciali dalla legge, perchè realizzano *in modo univoco e caratteristico* l'interposizione nello scambio, mentre altri sono dichiarati commerciali, sebbene non abbiano per sè una funzione economica caratteristica, in quanto *siano connessi* con un'operazione d'interposizione. Ed invero, ogni scambio mediato consta di una serie di operazioni caratteristiche, fra loro economicamente concatenate, che costituiscono tutte insieme l'interposizione nello scambio. Così, per lo scambio mediato di merci, titoli di credito o immobili, l'interposizione è costituita da un atto di acquisto fatto allo scopo di una successiva alienazione, e dall'alienazione che da quell'atto di acquisto consegue. Così l'operazione di banca consta di un

(1) V. retro n. 12.

atto, con cui viene preso denaro a credito con l'intenzione di darlo a credito, e di un atto successivo, con cui viene dato a credito il denaro già ottenuto a credito. Così, nelle imprese, l'interposizione consta dei varî atti con cui viene reclutato, organizzato e diretto il lavoro, per ottenere un determinato prodotto o servizio da alienare o prestare, e degli atti successivi con cui il prodotto è alienato o il servizio prestato. Così, nelle assicurazioni, l'interposizione è data da tutti gli atti necessari per concentrare i rischi, reclutamento e scelta degli assicurati, liquidazione e pagamento delle somme assicurate; e degli atti occorrenti per distribuire i rischi, determinazione delle tariffe, riscossione dei premi, amministrazione dei fondi raccolti. Ma, accanto a questi atti, che sono *costitutivi* dell'intermediazione, altri ve ne sono che *servono* all'intermediazione. Sono atti per sè, economicamente neutri, o equivoci, che possono servire a svariati intenti. Ma, quando servono a facilitare un'operazione d'interposizione nello scambio, si vengono come ad *innestare* ad essa, e assumono carattere commerciale per questa ragione di *connessione*.

Qualche cosa di vero è dunque nella dottrina, seguìta comunemente in Francia (1), ed autorevolmente sostenuta anche in Italia (2), che riconosce l'esistenza di una categoria di atti di commercio *accessori*. Tuttavia la dottrina degli atti accessori, così come è formulata tanto in Francia, quanto in Italia, non può essere approvata. Secondo gli scrittori francesi sarebbero da considerare atti di commercio accessori solamente quelli, di cui si occupa l'art. 4 del codice di commercio italiano, vale a dire gli atti compiuti da un commerciante, che si riferiscono al suo esercizio commerciale. Questa concezione è, evidentemente, troppo ristretta, perchè, come abbiamo visto, molte altre categorie di atti sono dichiarati commerciali per la loro connessione con una àttività commerciale. Secondo la dottrina italiana, che accoglie la cate-

---

(1) Vedi LYON CAEN et RENAULT, *Traité*, I^4, pag. 183 e seg.; THALLER e PERCEROU, *Traité élém.*, n. 60.

(2) Vedi specialmente: BOLAFFIO, la cui ampia trattazione (*Comm.*, I, pag. 136 e seg., e *passim*) si leggerà sempre con profitto; ABELLO, *Degli atti accessori di commercio*, in *Scritti in onore di* CHIRONI, Torino 1915.

goria degli atti di commercio accessori, non vi sarebbero, come nella dottrina francese, *due* specie di atti di commercio, quelli dell'art. 3 (*principali*) e quelli dell'art. 4 (*accessori*); ma ve ne sarebbero *tre:* quello dell'art. 4 (*subiettivi*), gran parte di quelli dell'art. 3 (*obiettivi*) e una terza categoria, che si aggiungerebbe alle due già conosciute, di atti *accessori* (1).

Ora in questa tripartizione sta appunto il difetto della dottrina. Introducendo la categoria degli atti di commercio accessori, *accanto* alle due categorie degli atti obiettivi e subiettivi, si ha degli atti di commercio una classificazione, a base della quale stanno *contemporaneamente due* criteri diversi.

La distinzione fra atti obiettivi e subiettivi, inconcludente, come abbiamo veduto, ha per base la *professione della persona* che compie l'atto. La categoria degli atti di commercio accessori, invece, presuppone una distinzione basata su un criterio affatto diverso, e molto più sostanziale, quello della *intrinseca natura economica* dell'atto. Conservando adunque la distinzione basata sul primo criterio, è logicamente impossibile aggiungere ad essa una terza categoria di atti, che si riferisce ad un'altra distinzione, e si urta contro l'obiezione incon-

---

(1) Recentemente il Bolaffio (vedi più sopra) ha condotto alle estreme conseguenze il sistema che innesta la distinzione tra atti *principali* (*fondamentali, costitutivi*) e atti *accessori* (*connessi, dipendenti*) su quella tra atti *obiettivi* e *subiettivi*, e giunge ad una quadripartizione degli atti di commercio, distinguendo *atti di commercio obiettivi principali; atti di commercio obiettivi accessori; atti di commercio subiettivi principali* (art. 4); *atti di commercio subiettivi accessori.* Contro questa distinzione si veda: Vivante, *Trattato*, n. 32, la critica del quale coglie nel segno, in quanto le due classificazioni, partendo da criteri sostanzialmente diversi, sono fra loro inconciliabili. Infatti, gli atti così detti subiettivi sono, in realtà, atti accessori, come abbiamo visto, e un atto di commercio subiettivo principale è una contraddizione in termini. Il Bolaffio, che ha così strenuamente sostenuto la categoria degli atti accessori, non si è accorto che la sua dottrina non poteva reggersi, se non abbandonando del tutto la distinzione tradizionale, ma equivoca e insufficiente, tra atti obiettivi e atti subiettivi. Finchè egli terrà fede alla distinzione tradizionale non potrà riuscire ad evitare la contraddizione accennata nel testo.

futabile di creare, con la categoria degli atti accessori, qualche cosa di perfettamente superfluo, perchè, dato il criterio di classificazione finora dominante, gli atti di commercio obiettivi e subiettivi esauriscono tutta la serie degli atti di commercio, e non vi è più posto per gli atti accessori (1). Solo liberandosi dall'inconcludente distinzione fra atti di commercio obiettivi e subiettivi, si può parlare, in contrapposto agli atti *intrinsecamente commerciali*, di una categoria di atti commerciali per una ragione di accessorietà, o, per essere più esatti, di *connessione*.

Nella nostra dottrina si superano facilmente tutte le obiezioni che furono mosse alla categoria degli atti accessori (2).

Fu detto, infatti, che, colla dottrina dell'accessorio si attribuisce la qualità di atti accessori ad atti autonomi, come l'assicurazione, il conto corrente, la cessione, l'assegno bancario.

Ma questa obiezione si basa tutta su un equivoco intorno al concetto della *accessorietà*. Essa si riferisce alla accessorietà *giuridica*, e reputa accessori i soli atti che non si sorreggono senza un atto principale. Noi parliamo invece di una *accessorietà economica*, di una *commercialità accessoria* e reputiamo atti commerciali accessori, o meglio *per connessione*, quelli che, per la loro natura economica, possono essere posti a servizio di qualunque attività, nel caso, in cui siano posti a servizio di un'attività commerciale.

Fu detto, poi che, in realtà, gli atti, che si chiamano accessori, sono atti di commercio obiettivi. Questa obiezione, giusta per chi ammette la coesistenza delle due categorie tradizionali accanto a quella degli atti accessori, non ha valore per noi, che avendo dimostrata inconcludente ed avendo eliminata la distinzione tradizionale, possiamo procedere con piena libertà ad un raggruppamento più razionale dei varî atti di commercio.

Fu detto infine, che gli atti di commercio accessori non possono mai, di per sè soli, dar vita ad un esercizio commerciale, e quindi non possono mai creare un commerciante. Ma

---

(1) VIVANTE, *Trattato*, I[5], n. 32.
(2) Specialmente da VIVANTE, op. e loc. citati.

la censura è completamente infondata. Non è affatto necessario che tutti gli atti di commercio conducano alla creazione del commerciante. Lo scopo della legge, nel dichiarare commerciale un atto, è quello di farlo regolare dal diritto commerciale, ed è questo già un risultato abbastanza importante della determinazione di un atto come commerciale. L'altra funzione, di dar vita a un esercizio mercantile, spetta solo agli atti caratteristicamente ed univocamente commerciali, cioè agli atti commerciali per la loro intrinseca natura. Noi quindi siamo logici, anche da questo punto di vista, quando riconosciamo due categorie di atti di commercio, quella degli atti *costitutivi* del commercio, che dà luogo all'esercizio professionale, e quella degli atti *connessi*, che non è idonea a tal fine.

La dottrina dominante non è logica, quando censura la categoria degli atti accessori, perchè non dà vita al commerciante, e poi crea una categoria, quella degli atti obiettivi, in cui annovera una quantità di atti, come la cambiale, la compera di azioni di società commerciali, i contratti marittimi, i depositi nei magazzini generali, che non dànno vita a un esercizio professionale.

In conclusione, noi dividiamo gli atti di commercio in due grandi categorie:

a) *atti commerciali per loro intrinseca natura* o *atti di commercio costitutivi;*

b) *atti commerciali per connessione*, o, anche, *atti di commercio accessori.*

Gli atti di commercio costitutivi comprendono *quattro* gruppi:

α) *atti d'interposizione nello scambio delle merci, dei titoli e dei fondi urbani e rustici* (compera per rivendere e successiva rivendita) (codice di commercio, art. 3, num. 1, 2 e 3);

β) *atti d'interposizione nello scambio di denaro contro denaro a credito* (operazioni di banca) (art. 3, n. 11);

γ) *atti d'interposizione nello scambio del lavoro* (imprese) (art. 3. nn. 6, 7, 8, 9, 10, 13 e 21);

δ) *atti d'interposizione nello scambio del rischio* (assicurazioni) (art. 3. nn. 19 e 20).

Gli atti di commercio per connessione o accessori comprendono *tre* gruppi:

α) *Atti dichiarati immediatamente commerciali dalla legge, per la loro normale connessione con un affare commerciale* che si suddividono in quattro sottogruppi, e cioè:

αα) *riporti* (art. 3, n. 4);

ββ) *operazioni cambiarie* (art. 3, n. 12);

γγ) *atti inerenti alla navigazione* (art. 3, nn. 14, 15, 16, 17 e 18);

δδ) *depositi nei magazzini generali e operazioni ad essi inerenti* (art. 3, n. 24).

β) *Atti, la cui connessione con un'attività commerciale è presunta:* cioè, tutti gli atti compiuti da un commerciante (art. 4).

γ) *Atti, la cui connessione con un affare commerciale deve essere dimostrata.* Di questi atti la legge ne enumera varî: *la compera e la vendita di quote o azioni* (art. 3, n. 5), *le assicurazioni di cose per l'assicurato* (art. 6, princ.), *le operazioni di mediazione* (art. 3, n. 22), *i depositi* (art. 3, n. 23), *il conto corrente e l'assegno bancario* (art. 6, capov.), *il mandato* (art. 349), *la commissione* (art. 380).

52. Possiamo ormai dare una definizione dell'atto di commercio secondo il codice. È atto di commercio *ogni atto che realizza o facilita una interposizione nello scambio.*

Da questa definizione derivano molte conseguenze pratiche di cui enumereremo le più importanti:

I. Ogni attività, in cui si realizza una interposizione nello scambio, è atto di commercio, qualunque sia lo scopo per cui l'interposizione ha luogo, qualunque sia la persona che lo compie, e anche qualunque sia l'oggetto e la forma dello scambio, che mediante l'interposizione si opera. Quindi si ha atto di commercio, anche quando l'interposizione non ha per iscopo il lucro, ma un interesse sociale o anche la semplice beneficenza (1). Si ha atto di commercio anche quando la

---

(1) Fu perciò deciso che la compra di merci per rivenderle costituisce atto di commercio anche se fatta dallo Stato, senza scopo di lucro: App. Palermo, 29 agosto 1919 (*Circ. giur.*, 1920, 19); che è egualmente

interposizione è esercitata dallo Stato o da un altro ente pubblico. Si ha, infine, atto di commercio anche quando (ipotesi rara oggi, ma che l'evoluzione dei commerci potrebbe presentare) lo scambio, che si realizza mediante l'interposizione, abbia per oggetto cose diverse o abbia luogo con forme diverse da quelle considerate nei quattro casi tipici preveduti dal codice di commercio.

II. Ogni attività per sè non commerciale, ma connessa con un'attività commerciale, e che tende a facilitarla, è commerciale, anche all'infuori dei casi espressamente preveduti dalla legge.

Il campo della estensione analogica è, qui, immensamente vasto. Non si potranno, certo, creare presunzioni di connessione, ma, dovunque la connessione è dimostrata, il carattere commerciale deve essere riconosciuto. È quindi commerciale, non solo la compera e la vendita di quote e di azioni di società commerciali, ma anche la compera e la vendita di un'azienda commerciale, e, in genere, ogni compra-vendita connessa con un affare commerciale (1), non solo le mediazioni in affari commerciali, i depositi per affari commerciali, il conto corrente e l'assegno bancario per causa commerciale, il mandato e la commissione per affari di com-

---

atto di commercio la compra-vendita di azioni di società commerciali anche se fatta non a scopo di lucro, ma per ottenere dal direttore la rinuncia alla propria carica: App. Bologna, 20 febbraio 1924 (*Mon. trib.*, 1924, 667); che è commerciale l'impresa di spettacoli pubblici, se organizzata, senza scopo di lucro, da un comitato in occasione di congresso ginnastico o di altre manifestazioni sportive. App. Brescia, 5 settembre 1923 (*Mon. trib.*, 1924, 789); Cass. Firenze, 28 novembre 1907 (*Riv. di diritto comm.*, 1908, 114); Cass. Torino, 26 maggio 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 1, 804); Appello Venezia, 4 agosto 1903 (*Monitore trib.*, 1903, 871). Nella dottrina si discute specialmente a proposito dell'atto di commercio fondamentale, compera di merci per rivenderle (art. 3, n. 1), nel quale taluni considerano come caratteristica essenziale lo scopo di speculazione, sebbene questo elemento non sia menzionato dalla legge che per la compera e la rivendita di beni immobili: Bolaffio, *Comm.*, n. 24; Navarrini, *Trattato*, I, n. 136. Nel senso del testo: Vivante, *Trattato*, I, 38; Thaller, *Traité élém.*, n. 21.

(1) Vedi Cass. Torino, 24 aprile 1920 (*Mon. trib.*, 1921, 107); 5 gennaio 1923 (*Giur. tor.*, 1923, 289).

mercio, ma anche la locazione, anche il pegno, anche la cessione, anche la transazione, anche il mutuo (1), anche il commodato, anche, perfino, la donazione, che hanno causa di commercio, che cioè, sono connessi con un'attività commerciale (2).

III. Quando si vuol stabilire la natura intrinseca commerciale di un'attività, non solo per sottoporre essa stessa all'impero del diritto commerciale, ma anche per desumerne la commercialità accessoria di un atto con quella connesso, bisogna far capo al concetto dell'atto di commercio *costitutivo*. Sarà perciò commerciale per connessione quell'atto che è diretto a facilitare un atto di commercio costitutivo.

IV. Anche gli atti *illeciti*, quando son connessi con una attività commerciale, acquistano il carattere di atti di commercio, appunto in ragione di questa connessione, e non solo — come ritiene la dottrina dominante — quando sono commessi da un commerciante, ma anche quando son commessi in dipendenza o in occasione di un atto di commercio, da un non commerciante; nel primo caso la qualità commerciale dell'autore farà presumere senz'altro la connessione; nel secondo si dovrà darne la prova (3).

---

(1) Per il mutuo vedi, tra le più recenti sentenze, Cass. Firenze, 22 luglio 1915 (*Giur. ital.*, 1915, I, 1, 909); Cass. Palermo, 21 maggio 1921 (*Ivi*, 1921, I, 1, 584); Cass. Torino, 19 luglio 1921 (*Mon. trib.*, 1921, 627); Cass. Palermo, 1° maggio 1923 (*Foro ital.*, 1923, I, 652); Id., 1° marzo 1923 (*Ivi*, 1924, I, 271).

(2) Si veda anche *retro*, pag. 215, testo e nota 1.

(3) Per il caso di fatto illecito commesso da un commerciante si veda *retro*, pag. 215, nota 2. Che anche l'atto illecito commesso da chi non sia commerciante possa dare vita ad una obbligazione di risarcimento di carattere commerciale è ammesso ormai da coloro che si sono proposti il problema: Bolaffio, *Comm.*, pag. 523; Vivante, 4ª ediz., I, n. 32, nota 6; Navarrini, *Trattato*, I, n. 179. Vedi, in proposito, Mortara e Azzariti, in *Codice di commercio comm.*, 5ª ed., vol. X, n. 33 *bis*. L'elemento della *connessione* con il commercio come elemento decisivo della commercialità del fatto illecito è messa bene in rilievo dal Vivante, *Trattato*, 5ª ediz., I, n. 88, sebbene egli si riferisca ai fatti illeciti commessi dal commerciante. « Messa da parte la voce del sentimento, a torto si dice che la responsabilità per le colpe è estranea al commercio: essa è invece inscindibilmente connessa coll'esercizio del commercio, perchè chi fa falla, chi lavora

V. La determinazione della commercialità di un atto è *quaestio iuris*, che pertanto può essere oggetto d'esame in Cassazione, *in ogni caso*, quando si tratti di atti di commercio *costitutivi* o *fondamentali* (categoria *a*) e quando si tratti di atti, la cui connessione con un'attività commerciale è ammessa in ogni caso dalla legge (gruppo α della categoria *b*). Quando invece si tratta di atti, la cui connessione è semplicemente *presunta* (gruppo β della categoria *b*), o dev'essere volta per volta dimostrata, il problema della *connessione* con una attività commerciale è problema *di fatto*, riservato all'esame del giudice di merito (1).

VI. Il *carattere* e le *forme* della *cooperazione* risultano determinati senz'altro, quando si siano stabiliti il *concetto* e la *specie* degli atti di commercio (fondamentali, s'intende).

Infatti il fenomeno della cooperazione è perfettamente parallelo a quello del commercio, quale lo intende il codice. *Ogni attività intrinseca commerciale può essere esercitata a forma capitalistica ovvero a forma cooperativa.* È esercitata *a forma capitalistica*, quando la funzione intermediaria dello scambio è assunta da un terzo, estraneo alle parti, tra cui lo scambio ha luogo, a scopo di speculazione o di lucro. È esercitata invece *a forma cooperativa*, quando la funzione intermediaria è assunta da un gruppo di persone *direttamente interessate nello scambio*, che *sostituiscono* l'intermediario per appropriarsene il lucro. Il concetto della cooperazione è, dunque, un concetto giuridico, al pari di quello dell'atto di commercio, e va determinato con gli stessi criterî, con cui si determina il concetto dell'atto di commercio fondamentale o costitutivo, da cui direttamente deriva (2).

---

sbaglia. È così connessa con l'esercizio di certe imprese, per es., di trasporto, da costituire un conto aperto nella loro ingestione, cui devono far parte con un apposito fondo di ammortamento ».

(1) Cass. Torino, 19 dicembre 1920 (*Giur. tor.*, 1921, 12). Conformi, tra le più recenti sentenze: Cass. Firenze, 5 febbraio 1920 (*Giur. ital.*, 1920, I, 1, 309); Cass. Torino, 14 luglio 1908 (*Giur. tor.*, 1908, 234); Cass. Firenze, 24 luglio 1902 (*Temi*, 1902, 687).

(2) Dal concetto dell'atto di commercio come atto di interposizione nello scambio si desume, in tal modo, anche il concetto della *cooperazione*, secondo il codice. Anche la cooperazione è concetto giuridico,

Come, pertanto, vi sono quattro tipi di atti di commercio fondamentali, quattro tipi cioè di attività intermediaria degli scambî, così vi sono quattro tipi di cooperative.

a) Al primo gruppo di atti di commercio fondamentali: intermediazione nello scambio delle merci, corrisponde il tipo della *cooperativa di vendita* (se la funzione intermediaria è assunta dai produttori) e della *cooperativa di consumo* (se, come accade più frequentemente, la funzione intermediaria è assunta dai consumatori).

b) Al secondo gruppo di atti di commercio fondamentali (interposizione nello scambio del danaro a credito; *operazioni di banca*) corrispondono le *cooperative di credito* o banche popolari e casse rurali (secondo che assumono la forma giuridica dell'anonima o della collettiva), in cui quelli che hanno bisogno di credito e quelli che hanno danaro da dare a credito si uniscono, per esercitare la funzione dell'intermediario e appropriarsene il lucro.

c) Al terzo gruppo di atti di commercio fondamentali (interposizione nello scambio del lavoro: *imprese*) corrispondono le *cooperative di lavoro o di produzione*, in cui gli stessi lavoratori si uniscono per organizzare la produzione e offrirne al pubblico i risultati, esercitando così essi stessi la funzione

---

come è concetto giuridico l'atto di commercio. Si ha cooperazione quando la funzione intermediaria dello scambio, proprio del commercio in senso giuridico, è assunta dalle stesse persone, fra cui si opera lo scambio. Sul concetto della cooperazione, v., fra i giuristi: SABBATINI, nel *Dir. comm.*, 1885, 617 e segg.; *Relazione sulla riforma delle Società cooperative*, Torino 1897, e *Trattato di dir. comm.*, II, 5ª ediz., Milano 1923, n. 642 e segg.; SACERDOTI, *Le Società cooperative e il codice di commercio*, Padova 1893; MANARA, *Le società cooperative nel vigente cod. di comm. italiano*, Torino 1899, e *Trattato delle società*, I, Torino 1902, n. 274 e segg.; BOLAFFIO, *Società commerciali e società cooperative*, Venezia 1900; BONELLI, *Società cooperative e codice di commercio*, nel *Dir. comm.*, 1899, 681 e segg.; fra gli economisti, WOLLEMBORG, *La teorica della cooperazione*, nel *Giornale degli Economisti*, 1887, pag. 127 e segg.; RABBENO, *Le società cooperative di produzione*, Milano 1889; PANTALEONI, *Esame critico dei principî teorici della cooperazione*, nel *Giornale Economisti*, 1898, pag. 202 e segg., 308 e segg., 404 e segg.; VALENTI, *L'associazione cooperativa*, in *Arch. giur.*, LXVI (1901), pag. 3 e segg., 255 e segg.

organizzatrice ed intermediaria dell'imprenditore, e facendone proprio il lucro.

d) Al quarto ed ultimo gruppo, infine, degli atti di commercio fondamentali (interposizione nell'associazione del rischio: *assicurazioni*) corrispondono le cooperative di assicurazione o *mutue assicuratrici*, in cui gli stessi assicurati si uniscono per esercitare la funzione intermediaria dell'assicuratore e guadagnarne il lucro.

Abbiamo così dato, in modo affatto sommario, un elenco di *alcune* delle conseguenze, che derivano dal nostro concetto dell'atto di commercio e della nostra classificazione degli atti di commercio; alcune soltanto, perchè il concetto è fecondo di risultati pratici, in tutto il campo della materia commerciale.

§ 15. La materia commerciale.

Sommario: 53. Determinazione della materia commerciale. Enumerazione degli stati o condizioni di fatto, che dànno pure luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale. Condizione o stato di commerciante, persona fisica o ente. Godimento delle cose destinate al commercio. — 54. Rapporti che derivano da atti o da stati di fatto commerciali. Rapporti unilateralmente e bilateralmente commerciali.

53. Abbiamo detto che la legge prende a base, per la determinazione dei rapporti, a cui deve applicarsi il diritto commerciale, il concetto dell'atto di commercio. Ciò significa che la determinazione dell'atto di commercio non è che un mezzo per dichiarare commerciali, cioè soggetti alla legge commerciale, i rapporti che ne derivano. La legge risale *all'atto* per determinare i *rapporti* costituenti la materia di commercio. Sorge così spontaneo il dubbio che sia questo l'unico mezzo, col quale è possibile stabilire la commercialità di un rapporto; se, in altri termini, non vi siano altri rapporti commerciali, se non quelli derivanti da un atto di commercio principale o per connessione. Ora basta aprire il codice di commercio, per convincersi che vi sono rapporti soggetti alla legge commerciale e quindi commerciali, che non si possono

considerare come il prodotto di un atto di commercio. Tutti i rapporti personali dei commercianti, per es., l'obbligo loro di tenere certe specie di libri (art. 21 e segg. codice di commercio); l'obbligo di trascrivere il contratto di matrimonio (art. 16 codice di commercio); di trascrivere la domanda di separazione dei beni (art. 19 codice di commercio) sono rapporti regolati dal diritto commerciale e costituiscono perciò materia di commercio. La capacità di esercitare il commercio professionalmente (art. 9 e segg. cod. di commercio) o di fare atti isolati di commercio (art. 7 e 14 codice di commercio) è egualmente regolata dal diritto commerciale. La costituzione, la organizzazione, la fine delle società commerciali (art. 76 e segg. codice di commercio) dànno luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale. Il possesso dei titoli al portatore (art. 55 e 57 codice di commercio) e della cambiale (art. 329 e 332 codice di commercio), la proprietà e il possesso delle navi (art. 480 e seg. codice di commercio), i diritti reali dei terzi nel fallimento (art. 780 e segg., 802-803-804) sono regolati dal diritto commerciale e costituiscono materia di commercio. Eppure sono tutti rapporti questi, che non si possono fare discendere da un'attività, ma che derivano invece da uno stato di fatto permanente; così i rapporti personali del commerciante derivano dalla sua condizione o stato di commerciante; così i rapporti interni della società sono rapporti derivanti dalla esistenza del gruppo sociale e non da un'attività determinata, perchè sarebbe assurdo o artificioso il volere fare derivare tutti i rapporti interni della vita di una società, che può durare anni ed anni, dall'atto iniziale di costituzione; così non derivano evidentemente da un atto, ma da uno stato, da una condizione, tutti i rapporti reali regolati dal diritto commerciale. È dunque evidente che esistono altre fonti di rapporti commerciali all'infuori degli atti di commercio e precisamente vi sono delle condizioni o stati di fatto permanenti, che dànno luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale.

Quali sono questi stati o condizioni di fatto? Noi possiamo distinguere fra essi due categorie:

a) La prima è data dalla *condizione o stato personale di commerciante.* Sotto questo punto di vista rimane anche oggi

considerevole la importanza giuridica della figura del commerciante, cioè del professionista del commercio. Lo stato di commerciante, che una volta dava il criterio per determinare tutta la materia di commercio, oggi fornisce tuttavia il criterio per stabilire la commercialità di un certo numero di rapporti. E precisamente anche oggi costituiscono materia di commercio tutti i rapporti personalissimi del commerciante, quelli cioè che riguardano la sua persona come tale. Questi rapporti non sono molto numerosi per il commerciante individuo, perchè la persona fisica rimane sempre, nello Stato moderno, sotto l'impero della legge comune, che disciplina lo stato di tutti i cittadini, e perciò i rapporti speciali del suo stato di commerciante si riducono relativamente a pochi. Diversamente stanno le cose rispetto alle persone giuridiche commercianti, cioè alle società commerciali. Queste persone giuridiche dànno luogo a una quantità di rapporti interni, rapporti che diremo corporativi, che sono numerosi e molto importanti, in questa come in tutte le altre specie di corporazioni. Tali rapporti sono specifici, proprî alle società commerciali come persone giuridiche aventi per iscopo il commercio, e perciò rientrano interamente sotto la sfera di applicazione del diritto commerciale (1).

b) Un'altra categoria di stati o condizioni, che dànno luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale, è data dalle varie forme di godimento dei beni del mondo esterno. Questo godimento può avere origine da un atto di acquisto, che non ha niente a che vedere col commercio, e che non è atto di commercio, e tuttavia dà luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale. Se, ad esempio, un privato riceve per successione ereditaria titoli al portatore, o se acquista titoli al portatore per goderne pacificamente i frutti, se taluno riceve in eredità un'azienda commerciale e, per liberarsi da

(1) Occorre qui notare che la legge commerciale prende in considerazione, non solo la condizione degli enti che hanno per iscopo il commercio, ma anche la condizione di alcuni enti, che non hanno per iscopo il commercio, in quanto assumono forme destinate solitamente agli enti commerciali, vale a dire le società civili, che assumono le forme di società per azioni (art. 229). È questo l'unico caso di rapporti dichiarati commerciali e regolati dal diritto commerciale, per ragioni di pura forma.

brighe o responsabilità la dà in affitto, evitando così di divenire commerciante, il godimento dei titoli o della azienda dà luogo a rapporti, che sono commerciali. Eppure l'atto di acquisto degli uni e dell'altra non è atto di commercio.

Ciò significa che questi rapporti sono commerciali non perchè dipendano da una attività commerciale, *ma per la particolare natura della cosa su cui cade il godimento.* Allo stesso modo, se taluno ha ricevuto per successione ereditaria un immobile e lo ha acquistato per abitarlo, e poscia intraprende l'esercizio del commercio e si serve dell'immobile per uso di magazzino o di bottega, noi abbiamo un godimento della cosa, che dà luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale, come or ora vedremo, eppure l'atto da cui il godimento derivò non fu certo commerciale. In questo caso il godimento dà luogo a rapporti commerciali per la sua particolare natura, vale a dire, *perchè il godimento diventa mezzo per una speculazione commerciale,* perchè è un godimento fatto a scopo commerciale. Da tutto ciò si rileva la profonda differenza che esiste fra queste due categorie di stati o condizioni di fatto, i quali dànno luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale. Mentre lo stato di commerciante è una condizione di fatto, che trae dalla sua intrinseca natura la ragione di essere della sua commercialità, il godimento di un bene del mondo esteriore è una condizione di fatto, che trae la sua commercialità da un rapporto di connessione con una attività commerciale. Lo stato di commerciante, persona fisica o giuridica, è dunque uno stato di fatto commerciale per sè, uno stato di fatto intrinsecamente commerciale. Il godimento di una cosa del mondo esterno è commerciale solo quando o la cosa su cui cade sia destinata normalmente al commercio o il godimento sia diretto ad uno scopo commerciale; in sostanza nell'uno o nell'altro caso quella circostanza di fatto è commerciale per connessione.

Si riproduce così rispetto agli stati o condizioni di fatto la stessa distinzione, che abbiamo delineata riguardo alle attività; come vi sono atti di commercio fondamentali, così vi è una condizione di fatto fondamentalmente commerciale, cioè lo stato o condizione di commerciante. Come vi sono

atti commerciali per connessione, così vi sono stati o condizioni di fatto commerciali per connessione (1).

In conclusione, poichè la determinazione delle attività o degli stati di fatto commerciali non è che un mezzo per giungere a quello, che è lo scopo vero a cui tendiamo, vale a dire la determinazione dei *rapporti* costituenti la materia di commercio, noi possiamo affermare, come risultato di tutte le premesse indagini, che *sono commerciali*, vale a dire regolati dal diritto commerciale, *tutti i rapporti derivanti o da un atto di commercio fondamentale o dallo stato di commerciante e tutti i rapporti derivanti da un atto o da uno stato di fatto connesso con una attività commerciale.*

In questo sistema l'atto di commercio rappresenta il *prius*, il concetto primordiale. L'atto di commercio è sufficiente, per sè, a creare rapporti regolati dal diritto commerciale. Invece gli stati o condizioni di fatto commerciali non si concepiscono (salvo il caso delle società civili che assumono forme di società per azioni), se non ci si riferisce al concetto dell'atto di commercio. Non vi sono nel nostro diritto stati o condizioni, che si qualificano come commerciali per pure ragioni di forma (salvo il caso citato delle società), ma tale qualificazione dipende solo dal loro riferimento al commercio. E il concetto legale del commercio si trova unicamente nel concetto dell'atto di commercio.

54. I rapporti commerciali, qualunque sia l'attività o lo stato di fatto da cui derivano, sono rapporti sociali, vale a dire sono sempre rapporti fra uomini. Essi corrono dunque sempre fra due soggetti almeno, perchè non si può concepire un rapporto sociale unilaterale. Ciò è vero, non solo per quei rapporti, che, regolati dal diritto, dànno luogo ai diritti così detti relativi o diritti di obbligazione, ma anche per

---

(1) Tra queste condizioni o stati di fatto commerciali per connessione si devono annoverare anche certe condizioni o stati personali regolati, sia pure parzialmente, dal diritto commerciale, appunto per la loro connessione con attività commerciale; così la professione di *mediatore* (art. 29 e segg.); lo stato dell'*ex commerciante* (art. 26, 690); la condizione dell'*erede di un commerciante* (art. 26, 690).

quei rapporti, che dànno luogo ai così detti diritti assoluti, cioè specialmente ai diritti della personalità e ai diritti reali. La differenza sta solo in ciò, che, nei diritti relativi, i rapporti corrono tra due persone individualmente determinate, e nei diritti assoluti corrono fra una persona e tutti i componenti della collettività, i quali sono tutti obbligati a rispettare il diritto. Così avviene anche per i rapporti commerciali. Ve ne sono alcuni, e precisamente quelli che derivano da un atto di commercio, che dànno luogo a rapporti con persone individualmente determinate, quindi a diritti di obbligazione; ve ne sono altri invece, quelli cioè derivanti da stati o condizioni di fatto, che dànno luogo a rapporti con tutta la collettività e quindi a diritti assoluti, personali e reali.

Ora può darsi, e si dà anzi normalmente, che un rapporto derivante da una attività o da uno stato di fatto considerato commerciale si presenti diversamente rispetto alle persone fra cui corre. Un rapporto unico può essere per uno dei soggetti il prodotto di uno stato o di una attività commerciale e per un altro l'effetto di uno stato o di una attività non commerciale. Si comprende come ciò sia per i rapporti derivanti da uno stato o da una condizione di fatto; si tratta di rapporti con la collettività, nei quali ciascuno dei consociati figura come tale e quindi in una qualità, che esclude per lui ogni riferimento al commercio; il rapporto è dunque di necessità unilateralmente commerciale. Ma lo stesso accade anche per i rapporti derivanti da un atto di commercio. Riguardo ai rapporti derivanti dagli atti di commercio fondamentali la stessa natura dell'atto di commercio fondamentale spiega come normalmente i rapporti, che ne derivano, siano commerciali solo per una parte. L'atto di commercio fondamentale è sempre la espressione di una attività intermediaria e quindi di una attività complessa, di una serie di scambi fra loro coordinati. Questa attività intermediaria si svolge mettendo a contatto l'intermediario con persone, che mirano a fare un atto di scambio puro e semplice, per cui lo scambio non è commerciale. Così il commerciante in merci, quando acquista dai produttori, fa atti di scambio, che per lui sono manifestazioni di una funzione intermediaria e quindi commerciali, e per i produttori sono atti, che con la funzione

intermediaria non hanno nulla a che fare; ed egualmente quando il commerciante vende i prodotti ai consumatori fa un secondo atto di scambio, che per lui è commerciale e per i consumatori no. Così il banchiere, quando raccoglie i capitoli monetari dai clienti, specialmente mediante i depositi, fa un atto, che per lui è d'intermediazione e per i clienti non lo è, e quando distribuisce i capitali, mediante prestiti o sconti, fa un atto che è commerciale per lui e che spesso non è commerciale per i clienti. Così l'imprenditore, quando recluta e paga i lavoratori, fa un atto solo per lui commerciale, e fa un atto solo per lui commerciale di regola quando fornisce al pubblico le cose o i servizi prodotti; così, infine, l'assicuratore, quando raccoglie gli assicurati, quando ripartisce fra loro il rischio, facendo pagare il premio, e quando paga la somma assicurata, fa atti che sono per lui d'intermediazione e non lo sono per gli assicurati. È vero che può darsi anche il caso che l'atto sia d'intermediazione per tutti i partecipanti e quindi il rapporto sia commerciale per ambedue: per es.: il commerciante grossista che rivende al dettagliante, la banca, che risconta cambiali a un'altra banca, l'imprenditore, che fornisce merci al commerciante; ma sono casi direi quasi eccezionali, di fronte alla massa di quelli in cui l'atto è commerciale per una persona soltanto ed in cui il rapporto è unilateralmente commerciale. E lo stesso dicasi quanto agli atti di commercio per connessione. Come, di regola, dà luogo a rapporti commerciali unilaterali l'attività commerciale fondamentale, così di regola dà luogo ad atti commerciali unilaterali l'attività connessa con una attività commerciale. Così in tutti gli atti, in cui la connessione con un atto di commercio deve essere dimostrata, se l'atto principale era unilaterale, anche l'accessorio sarà unilaterale (1): il deposito sarà commerciale solo per la parte, per cui esso rappresenta l'accessorio di una speculazione commerciale.

(1) Talora l'atto connesso diventa bilateralmente commerciale, perchè esso è anche per l'altra parte un atto di commercio o fondamentale (es.: l'assicurazione di oggetti o stabilimenti di commercio per l'assicuratore è atto fondamentale) o per connessione (es.: la compera di azioni di società è commerciale pel compratore e la corrispondente vendita è commerciale pel venditore).

Riguardo agli atti, la cui connessione con una attività commerciale è presunta *iuris tantum*, cioè rispetto agli atti dei commercianti, non vi è dubbio che il rapporto che ne deriva è sempre unilateralmente commerciale. Solo rispetto agli atti, la cui connessione con un'attività commerciale è assunta dalla legge come base di dichiarazione di commercialità, ovvero, come usualmente si dice, è presunta dalla legge con presunzione *iuris et de iure* non vi è luogo a distinguere. La dichiarazione della legge è assoluta: colpisce egualmente tutti coloro, che parteciparono all'atto. Così la cambiale è atto di commercio e per l'emittente e per il prenditore.

In tutti i casi, in cui siamo di fronte a un rapporto, che è commerciale per una parte e non lo è per l'altra (rapporto commerciale unilaterale o misto) sorge la questione della legge che debba regolarlo. Perchè è evidente che un rapporto unico non può essere regolato che da una unica legge, e non è logicamente possibile che sia regolato dalla legge civile da una parte e dalla legge commerciale per l'altra. Ma quale sarà questa legge? Il codice italiano del 1865 (articolo 91) applicava la legge del convenuto, ossia faceva dipendere l'applicazione della legge civile o commerciale dalla posizione processuale, che prendeva la persona, per cui il rapporto era civile o commerciale. Il codice albertino del 1842 (art. 680) dava la scelta della legge da applicare alla parte, per cui il rapporto non era commerciale. Non v è bisogno di rilevare i difetti di questi due sistemi, che abbandonavano al caso o all'arbitrio la determinazione della legge da applicare.

Il codice vigente, seguendo l'esempio del codice germanico del 1861 (§ 277), risolse la questione in modo radicale, stabilendo che, quando un atto è commerciale per una sola delle parti, « tutti i contraenti sono per ragioni di esso soggetti alla legge commerciale ». Il che significa che tutti i rapporti misti sono oramai diventati materia di commercio.

A questo principio la legge reca due eccezioni. L'art. 54 infatti dice testualmente: « se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragioni di esso soggetti alla legge commerciale, *fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti e salve le disposizioni contrarie della legge* ».

Di queste due eccezioni la prima è solo apparentemente una eccezione. In verità i rapporti concernenti la persona del commerciante, a cui allude la legge, sono rapporti, che non hanno niente a che fare con l'atto compiuto dal commerciante, ma che dipendono dal suo stato, dalla sua condizione. È ben naturale perciò che si debba distinguere fra i rapporti derivanti dallo stato di commerciante e i rapporti derivanti dagli atti compiuti dal commerciante. È ben naturale che i rapporti derivanti dallo stato di una delle persone, che parteciparono a un atto, non possano modificare lo stato dell'altra parte, quindi si capisce che le norme riguardanti lo stato del commerciante (1) si applicano unicamente al commerciante e non al non commerciante, che fa un atto di commercio, non solo se l'atto dà luogo a rapporti misti, come è il caso preveduto dall'art. 54, ma anche se l'atto di commercio dà luogo a rapporti bilateralmente commerciali.

L'altra eccezione riguarda « le disposizioni contrarie della legge » (art. 54). Secondo l'espressione letterale dell'articolo, sembrerebbe che vi fossero casi, in cui la legge dispone che uno stesso rapporto debba essere regolato dalla legge commerciale per una parte e dalla legge civile per l'altra. Ora questo è un assurdo che la legge non può sancire; invece l'eccezione consiste in ciò, che in taluni casi la legge fa regolare il rapporto misto dal diritto civile. Per esempio, per l'art. 40 del codice di commercio, nelle obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido, ma questa presunzione non vale rispetto ai non commercianti, per le contrattazioni che per essi non sono atti di commercio; ciò vuol dire che, quando un non commerciante, per un atto che per lui non è commerciale, si obbliga, il rapporto obbligatorio che ne deriva non è regolato dalla legge commerciale che lo presumerebbe solidale, ma è regolato dalla legge civile che questa presunzione non stabilisce.

Quindi a parte la eccezione riguardante le persone dei commercianti, che non è una eccezione, rimane la eccezione nei casi in cui la legge stessa dichiara applicabile il diritto civile.

---

(1) Le abbiamo enumerate *retro*, a pag. 231.

A questa eccezione si è creduto (1) di potere aggiungerne altre. Si è sostenuto che siano da escludere anzitutto dalla norma dell'art. 54 tutti i rapporti non contrattuali, pei quali sarebbe sempre da applicare il diritto civile. Questa opinione potrebbe trovare un appoggio nella espressione letterale dell'art. 54, che parla appunto di contraenti. Tuttavia noi non la crediamo fondata. L'argomento letterale non vale molto perchè la disposizione dell'art. 54 ha evidentemente una portata generale; nè la ragione addotta che, mancando un contratto, non si può ridurre per forza chi è diventato creditore del commerciante a subire la legge commerciale, vale molto di più, perchè il sottoporre un rapporto alla legge commerciale o alla legge civile è cosa che non dipende mai dalla volontà delle parti. Quindi a noi sembra che, qualunque sia l'origine del rapporto, e quindi non solo, quando è un fatto non contrattuale, ma anche quando è uno stato o condizione di fatto, il rapporto stesso debba essere regolato dalla legge commerciale, se è anche parzialmente commerciale: altrimenti dovrebbe giungersi all'assurdo di sottoporre alla legge civile perfino i rapporti inerenti allo stato dei commercianti, che sono evidentemente rapporti non contrattuali (2).

---

(1) VIVANTE, *Trattato*, 4ª ediz., I, n. 102, seguìto dal NAVARRINI, *Trattato*, I, n. 118, *a*).

(2) Conf.: BOLAFFIO, in *Riv. di dir. comm.*, 1918, I, 669, e *Comm.*, 5ª ediz., II, n. 253. Lo stesso VIVANTE, nella 5ª edizione del *Trattato*, I, n. 96, riconosce che non può essere ristretta ai contratti la portata della disposizione dell'art. 54.

LIBRO II.

I rapporti di diritto commerciale, in generale.

Capitolo I.

Concetto, natura e specie dei rapporti giuridici commerciali.

§ 16. Rapporti giuridici commerciali [1].

Sommario: 55. Concetto ed elementi dei rapporti giuridici, in generale, e dei rapporti giuridici commerciali, in particolare. — 56. Specie dei rapporti giuridici commerciali, rapporti o diritti delle persone; rapporti o diritti reali e rapporti o diritti di obbligazione. — 57. Fatti giuridici commerciali.

55. Abbiamo fin'ora, parlando della materia di commercio, considerato i rapporti regolati dal diritto commerciale come *rapporti sociali*. Il nostro scopo infatti non era quello di

(1) *Letteratura:* Sulla teoria generale dei rapporti giuridici la letteratura è molto ampia. Si cons. specialmente: Windscheid, *Diritto delle Pandette* (trad. ital. di Fadda e Bensa), Torino 1902, vol. I, § 37 e segg.; Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel 1866; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878; Bierling, *Iuristische Principienlehre*, Freiburg 1898. e *Zur Kritik der iuristischen Grundbegriffe*, Gotha 1883; Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubingen 1905; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna 1912, pag. 95 e segg.; Cicala, *Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa*, Torino 1909; Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, 3ª ediz., Milano 1924, § 7 e segg.; De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, 4ª ediz., Napoli 1926, I, § 21 e segg.; Barassi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano 1914, § 13 e segg.; Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma 1921, vol. I, pag. 295 e segg.

esporre la disciplina giuridica di questi rapporti, ma di farne la delimitazione. In sostanza noi non volevamo sapere *come* questi rapporti sono regolati, ma soltanto *quali* sono i rapporti regolati dal diritto commerciale. Esaurita questa indagine, dobbiamo ora entrare nel vivo della nostra materia, e vedere come il diritto commerciale regola i rapporti, che noi abbiamo delimitati. In questo studio noi troviamo anzitutto una serie di norme, che regolano tutti quanti in genere i rapporti commerciali, e il cui studio costituisce argomento dalla parte generale della nostra scienza. In questo studio i rapporti commerciali sono considerati come rapporti giuridici, ed è per questo che parliamo di *rapporti di diritto commerciale* o di *rapporti giuridici commerciali.*

Rapporto di diritto commerciale si può definire *qualunque rapporto della vita sociale in quanto viene regolato dal diritto commerciale e diventa perciò rapporto giuridico.*

Come ogni rapporto giuridico (1), il rapporto di diritto commerciale ha una sua propria struttura, vale a dire, consta di alcuni elementi, che lo costituiscono. Anzitutto esso presuppone dei soggetti fra cui corre, che devono essere almeno due. Ha poi un suo contenuto specifico, che ne determina l'essenza; consta cioè di un *diritto subiettivo*, che spetta ad uno dei soggetti, e di un corrispondente *dovere giuridico*, che incombe all'altro soggetto. Come, infatti, la norma giuridica è essenzialmente bilaterale, così il rapporto giuridico, che ne deriva, è anch'esso essenzialmente bilaterale, e consta di una facoltà di volere riconosciuta a un soggetto, a cui corrisponde una necessità di volere imposta ad un altro soggetto. Infine, il rapporto giuridico può eventualmente avere anche un oggetto, ossia cadere sopra una cosa del mondo esterno. Diciamo *eventualmente* perchè non tutti i rapporti giuridici hanno un oggetto; per esempio, non hanno un oggetto i diritti di obbligazione. Ma vi sono alcune importanti categorie di rapporti giuridici, che hanno un oggetto; così, per esempio, i

---

(1) Sulla teoria generale dei rapporti giuridici che è qui sinteticamente richiamata si può vedere la esposizione riassuntiva delle tendenze della moderna dottrina in FERRARA, *Trattato*, cit., vol. I, pag. 295 e segg., e gli autori ivi citati.

diritti reali, in cui la somma delle facoltà attribuite al soggetto attivo implica l'esercizio di un potere su un bene del mondo esterno, che viene a costituire l'oggetto del diritto. In questa categoria di diritti può apparire a prima vista che manchi una vera bilateralità del rapporto giuridico, perchè il concentramento delle facoltà, costituenti il diritto sopra una cosa del mondo esterno, fa come scomparire l'altro elemento del rapporto, che è l'obbligato. In realtà, poichè non è concepibile un rapporto giuridico fra una persona e una cosa, bisogna ammettere, anche in queste categorie di rapporti, l'esistenza di uno, anzi di più soggetti passivi o obbligati; il rapporto infatti qui corre fra l'avente diritto e tutta la collettività e soggetti passivi ne figurano tutti i consociati (1).

In conclusione tre sono gli elementi di ogni rapporto giuridico, e quindi anche dei rapporti giuridici commerciali. Due sono necessari ed esistono in tutti i rapporti; sono i *soggetti* fra cui il rapporto corre, e il *diritto* col corrispondente *obbligo*, che forma il contenuto nel rapporto. Un elemento è soltanto eventuale e ricorre in una categoria di rapporti, vale a dire nei rapporti reali, che si dicono così appunto, perchè si concretano nel godimento di un bene del mondo esterno.

Abbiamo detto che il rapporto giuridico non è che il rapporto sociale in quanto è regolato dal diritto; è chiaro, dunque, che la trasformazione di un rapporto sociale in rapporto giuridico è opera esclusivamente del diritto; che perciò il diritto, ossia la norma giuridica, non si limita a riconoscere i rapporti giuridici, ma li crea. Non vi è rapporto giuridico, senza una norma di diritto, da cui derivi.

---

(1) Su questi concetti e sulla distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione, si veda WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, § 18, e l'annotazione di FADDA e BENSA, ivi, pag. 545 e segg.; FUCHS, *Das Wesen der Dinglichkeitsbegriff*, Berlin 1889; OERTMANN, *Der Dinglichkeitsbegriff*, in *Jahrbücher für die Dogm.*, 1892, 415; NEUNER, *Wesen und, Arten* già cit., pag. 9; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2ª ediz., 1915, pag. 22 e segg.; CARNELUTTI, *Distinzione fra diritti reali e diritti di credito*, in *Studî di dir. civ.*, 1916, pag. 243; FERRARA, *Trattato di diritto civile*, vol. I, pag. 300 e 360; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, § 22, pag. 222.

Tuttavia, poichè la norma giuridica non crea dal nulla i rapporti giuridici, ma trasforma i rapporti sociali in rapporti giuridici, essa opera sempre sulla base di una situazione di fatto già esistente. Ecco perchè la legge crea i rapporti giuridici, ricollegando ad un certo stato di fatto la nascita del rapporto.

Quindi può dirsi che il procedimento proprio del diritto è quello di ricollegare effetti giuridici ad un determinato fatto o ad un determinato stato di fatto. Non soltanto invero la nascita di un rapporto giuridico, ma anche ogni sua modificazione e la sua estinzione, avvengono, in quanto la legge ricollega a un determinato fatto questo effetto giuridico. Si può dire, in generale, che il diritto obiettivo non operi mai direttamente, ma sempre indirettamente, ricollegando cioè effetti giuridici ad un determinato fatto. In tale maniera il fatto ci appare come la causa immediata e la norma giuridica come la causa mediata dell'effetto giuridico. I fatti, da cui dipende la nascita, la modificazione e la estinzione dei rapporti giuridici, si chiamano fatti giuridici.

Dal punto di vista del diritto commerciale, due problemi ci si presentano, che dobbiamo ora risolvere.

56. Il primo problema riguarda le varie specie di rapporti giuridici commerciali che sono possibili.

Noi sappiamo che, in materia civile, secondo la classificazione più in voga, esistono quattro categorie di rapporti giuridici, il che equivale a dire quattro categorie di diritti (1). Vi sono i rapporti giuridici della personalità o diritti della personalità, fra cui rientrano anche i diritti di famiglia. Vi sono poi i rapporti reali, cioè i diritti reali. Vi sono poi ancora i rapporti di credito, cioè i diritti di obbligazione. Infine vi sono i rapporti successori, che dànno luogo ai diritti di successione. Invece in diritto commerciale non si parla che di una sola categoria di rapporti giuridici, cioè dei rapporti obbligatori.

(1) Anche per la classificazione dei diritti rimandiamo alle opere generali di diritto civile, tra le quali le più recenti in Italia sono: FERRARA, *Trattato*, vol. I, cap. IX, e specialmente pag. 359 e segg., e DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 4ª ediz., Napoli 1926, vol. I, pag. 211.

Sembrerebbe che in diritto commerciale non ci fossero altri diritti che diritti di obbligazione.

Eppure, se noi ricordiamo quello che è stato detto a proposito della materia di commercio, dobbiamo riconoscere che anche altre categorie di rapporti giuridici sono possibili in materia commerciale, e talune anche molto importanti. Sappiamo, per es., che una categoria molto importante di rapporti sociali regolati dal diritto commerciale è data dalla condizione o stato di commerciante. E sappiamo altresì che, se relativamente scarsi sono i rapporti inerenti allo stato del commerciante individuo, che il diritto commerciale regola, molto importanti sono i rapporti corporativi delle persone collettive commercianti, ossia delle società commerciali, che il diritto commerciale pure regola. È chiaro dunque che oltre ai rapporti obbligatori vi sono rapporti regolati dal diritto commerciale, che riguardano lo stato delle persone, individui e collettività, esercenti professionalmente il commercio. Infine noi sappiamo che vi sono anche stati di fatto permanenti, che consistono nel godimento di una cosa, i quali pure sono disciplinati dal diritto commerciale. Si tratta di casi, in cui il godimento di una cosa assume carattere commerciale, sia per la natura stessa della cosa, in quanto cioè è destinata al commercio, sia per lo scopo a cui il godimento è destinato da colui che lo realizza. In questi casi il godimento della cosa diventa commerciale per una ragione di accessorietà o di connessione, e i rapporti, che ne derivano, sono regolati dal diritto commerciale. Orbene in tutti questi casi siamo di fronte a veri diritti reali commerciali, ossia a diritti reali creati dalla legge commerciale e da questa regolati. Così devono disciplinarsi alla stregua delle leggi commerciali tutti i diritti reali sulle cose destinate normalmente al commercio, come l'azienda commerciale, come la nave, come i titoli di credito, nominativi, all'ordine e al portatore. Così devono regolarsi alla stregua del diritto commerciale i diritti reali sulle cose destinate dal proprietario all'esercizio del commercio: la proprietà e il possesso degli immobili destinati all'esercizio del commercio, dei mobili oggetto di speculazione commerciale. Dobbiamo così riconoscere l'esistenza di una proprietà commerciale, di un possesso commerciale, di diritti

reali di garanzia commerciali, tutti disciplinati in modo particolare dalle leggi commerciali. E in conseguenza dobbiamo riconoscere l'esistenza di una usucapione o prescrizione acquisitiva commerciale, accanto all'usucapione civile e via dicendo.

In conclusione, oltre alla consueta categoria delle obbligazioni commerciali, noi ammettiamo l'esistenza di altre categorie di rapporti commerciali, e, precisamente, di due altre categorie: rapporti della personalità o diritti della personalità e rapporti reali o diritti reali in materia commerciale. È naturale che non si possa parlare dei rapporti successori commerciali, perchè la successione a causa di morte è un istituto essenzialmente civile.

57. Il secondo problema, che ci interessa, riguarda la determinazione dei fatti giuridici come fatti giuridici commerciali. Quando si avrà un fatto giuridico commerciale? Possiamo dire in generale che è commerciale qualunque fatto giuridico che dà luogo alla nascita, modificazione, o estinzione di un rapporto giuridico commerciale. Con ciò, è naturale, non si è risolto ancora il problema, perchè rimane a stabilire quali sono i fatti, che dànno luogo alla nascita, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico commerciale. Da quanto si è detto precedentemente a proposito della materia di commercio deriva che *sono fatti giuridici commerciali gli atti di commercio e gli stati di fatto commerciali.* Si deve osservare a questo punto che gli atti di commercio sono attività talora semplici, talora complesse, e che perciò un atto di commercio non corrisponde sempre ad un unico fatto giuridico commerciale, ma ben spesso, e starei per dire normalmente, esso dà luogo a una serie di fatti giuridici, che si debbono classificare come commerciali. Così, ad es., il primo degli atti di commercio fondamentali, l'intermediazione nello scambio delle cose mobili ed immobili, dà luogo ad una serie di attività, che sono altrettanti fatti giuridici commerciali distinti: l'acquisto delle merci è un fatto giuridico a sè; la loro conservazione, nell'intervallo fra l'acquisto e la rivendita, è un altro fatto giuridico a sè, anzi può dare luogo a varî fatti giuridici; la rivendita è un terzo fatto giuridicamente autonomo. Si vede così, riducendo anche il fenomeno alla sua figura più

schematica, come ogni atto di commercio dia luogo a una quantità di fatti giuridici, giuridicamente distinti, e la cui connessione ha un carattere puramente economico.

Quel che si dice per gli atti di commercio vale anche per gli stati di fatto di natura commerciale, che si risolvono spesso in una serie di fatti giuridici staccati. Così, ad esempio, la vita interna di una società commerciale ci si presenta come una serie di fatti giuridicamente distinti, come la convocazione dell'assemblea, la sua riunione e le sue deliberazioni, la preparazione e l'approvazione del bilancio, la nomina e la revoca degli amministratori, ecc.; tutti atti giuridici diversi, in cui si manifesta quell'unico fatto sociale, che è la vita della società.

Dal punto di vista pratico questa osservazione è importante, perchè, nello studiare i fatti giuridici commerciali, non bisogna dimenticare che economicamente e socialmente si tratta di parti staccate di un solo tutto, il cui legame, se pure non è legame giuridico, non è senza influenza sugli effetti giuridici del fatto. Così, ad esempio, mal si studierebbe la compera commerciale, considerandola isolatamente dalla complessa serie di atti, che costituiscono l'intermediazione nello scambio, e di cui la compera non è che un elemento. Così, ad es., mal si studierebbe il deposito bancario o lo sconto, separandoli dall'insieme degli atti, in cui si realizza la funzione intermediaria della banca. Così ancora riuscirebbe erroneo lo studio del contratto di assicurazione, separandolo da quell'insieme di atti, con cui l'istituto assicuratore adempie alla sua funzione di intermediario del rischio.

Parleremo ora anzitutto dei varî elementi dei rapporti commerciali, e specialmente dei soggetti e degli oggetti, quindi diremo dei fatti giuridici commerciali.

Nel trattare degli elementi ci limiteremo ad una semplice enumerazione dei varî soggetti e oggetti dei rapporti commerciali, per non invadere il campo della parte speciale, in cui si parlerà dei diritti della personalità spettanti ai soggetti e dei diritti reali, che possono cadere sugli oggetti.

Capitolo II.

Elementi dei rapporti di diritto commerciale.

Sezione I. — *I soggetti.*

---

§ 17. I non commercianti.

Sommario: 58. I non commercianti come soggetti di rapporti commerciali: persone fisiche e persone giuridiche: *a*) *persone fisiche:* la capacità: regole generali del codice civile e regole particolari contenute nel codice di commercio circa i minori emancipati; condizione dei minori non emancipati. La donna maritata. L'atto di commercio e l'atto eccedente la semplice amministrazione. — 59. *b*) *Persone giuridiche:* le persone giuridiche pubbliche.

58. Da quanto abbiamo detto finora risulta evidente che, non solo i commercianti, ma anche i non commercianti possono essere soggetti di diritto commerciali. Abbiamo veduto, infatti, che possono dare luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale anche atti di commercio isolati, compiuti cioè occasionalmente da chi non esercita il commercio come professione. Abbiamo veduto poi che dànno luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale, anche i rapporti misti, cioè che derivano da un'operazione commerciale solo per una parte. In conclusione, un non commerciante può trovarsi a essere soggetto di un rapporto di diritto commerciale, sia perchè ha fatto occasionalmente un atto di commercio, sia perchè si trova a partecipare a un rapporto, che deriva da un atto di commercio o da uno stato commerciale, se pure egli è estraneo a questo atto o a questo stato. Può darsi così che vengano ad essere soggetti di rapporti di diritto commerciale, tanto persone fisiche non commercianti, quanto persone giuridiche non commercianti.

Esaminiamo separatamente i due casi:

a) *Persone fisiche.* — La regola è molto semplice. La persona fisica, che si trova ad essere soggetto di un rapporto di diritto commerciale, qualunque sia la ragione, per cui ciò avviene, è soggetta al diritto commerciale, per tutto ciò che concerne la disciplina giuridica di quel rapporto. Il rapporto essendo di diritto commerciale, non può essere regolato che dal diritto commerciale. Per i rapporti derivanti da atti isolati di commercio fatti dal non commerciante, non vi era bisogno di una disposizione apposita: l'applicazione della legge commerciale risulta evidente dal fatto stesso che il rapporto deriva da un atto di commercio (art. 1° codice di commercio). Per i rapporti, invece, derivanti da atti di commercio o da stati commerciali, a cui il non commerciante è estraneo, l'applicazione del diritto commerciale risulta, oltre che dalla logica giuridica, la quale richiede che un rapporto giuridico unico debba essere regolato da una unica legge, in modo esplicito dall'art. 54 del codice di commercio, per cui in tal caso la legge applicabile è la legge commerciale. L'unica questione, che può nascere, riguarda il modo con cui debba regolarsi la *capacità* del non commerciante a fare un atto di commercio isolato. Come dovrà regolarsi questa capacità? Nel codice di commercio non abbiamo alcuna norma generale in proposito. L'art. 54, che regola i rapporti misti, dice semplicemente che le norme riguardanti le persone dei commercianti, e anche quindi la capacità a diventare commerciante, non si applicano alle persone, che partecipano a un rapporto misto. Ma tale norma non ci può dare alcun lume per la questione che ci occupa, perchè, come abbiamo veduto, essa si limita a stabilire che i rapporti inerenti allo stato di una delle persone, che parteciparono a un atto, non possono modificare lo stato dell'altra parte, e che pertanto le norme riguardanti lo stato del commerciante si applicano al commerciante, non già al non commerciante, che fa un atto di commercio. L'importanza dell'articolo 54 è adunque tutta negativa; da questo articolo si desume solo che le norme sulla capacità a divenire commerciante non si applicano alla capacità a fare un atto di commercio isolato, o a partecipare a un atto di commercio. Nel silenzio della legge commerciale, silenzio

voluto, come risulta dall'art. 54, si deve concludere che la capacità a fare atti di commercio isolati del non commerciante si regola *secondo il diritto civile*. Questo principio del resto è ben logico, perchè la capacità fa parte dello stato delle persone, e lo stato del non commerciante è regolato dal diritto civile.

In due soli casi il codice di commercio regola la capacità del non commerciante a fare atti isolati di commercio.

I. Un caso è quello dell'art. 10, e riguarda la capacità dei minori emancipati a fare atti di commercio. La legge è molto rigorosa e richiede, per il compimento d'un atto isolato di commercio da parte dei minori emancipati, l'adempimento delle stesse formalità, che occorrono per l'esercizio professionale del commercio. In sostanza il minore emancipato ha bisogno delle identiche formalità abilitative per fare un atto di commercio, e per diventare commerciante. Mentre adunque, applicando le regole del diritto civile sulla capacità del minore emancipato, questi potrebbe fare da solo gli atti di commercio, che non eccedono la semplice amministrazione (codice civile, art. 317), e coll'assistenza del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia e di tutela, gli atti eccedenti la semplice amministrazione (art. 319 codice civile), per l'art. 10 del codice di commercio, è necessaria per tutti gli atti di commercio, eccedano o non eccedano la semplice amministrazione, l'autorizzazione data dal genitore con atto davanti al pretore, o dal consiglio di famiglia o di tutela con deliberazione omologata dal tribunale; di più la pubblicazione di questi atti con le formalità indicate dall'art. 9. Questo rigore è evidentemente aberrante, ed eccessiva è la parificazione degli atti di commercio isolati con l'esercizio professionale del commercio, senza distinzione fra atto e atto e fra caso e caso (1).

---

(1) Non è quindi fondata l'opinione di Bolaffio (*Commento*, I, pag. 613 e 614), secondo cui la disposizione dell'art. 10 troverebbe applicazione agli atti di commercio compiuti dall'emancipato solo quando essi eccedano l'ordinaria amministrazione. Questa limitazione non è nella legge la quale parla generalmente di «fatti che la legge reputa atti di commercio». Nè potrebbe accogliersi l'opinione esposta da Bonelli, *Fallimento*, pag. 19, n. 4, che, trattandosi di atto di commercio rientrante nei limiti della semplice amministrazione, l'atto compiuto dal minore eman-

L'art. 10 si riferisce testualmente ai minori emancipati. Quanto ai minori non emancipati è da ritenersi che la loro capacità a fare atti isolati di commercio sia regolata secondo il diritto civile. Occorrerà dunque che l'atto sia compiuto dal legale rappresentante del minore, genitore esercente la patria potestà o tutore, colle eventuali forme abilitative richieste dal codice civile. L'opinione del Manara (1), secondo la quale anche il minore non emancipato e, per esso, il suo legale rappresentante, non potrebbe fare un atto di commercio isolato, se non nei casi in cui è ammesso, per esso, l'esercizio professionale del commercio, e con le forme abilitative richieste per ciò, non ha alcun fondamento nella legge, perchè la capacità a fare atti isolati di commercio è regolata per intero dal diritto civile, salve le eccezioni espressamente contenute nel codice di commercio, le quali non si possono estendere oltre i casi espressamente contemplati.

II. Un altro caso in cui il codice di commercio regola la capacità del non commerciante a fare atti singoli di commercio è quello dell'art. 14 che vieta alla donna maritata non commerciante di contrarre società a responsabilità illimitata senza l'autorizzazione del marito o del tribunale. Si tratta in sostanza di un altro atto aggiunto a quelli che l'art. 134 del codice civile vieta alla donna maritata di compiere senza l'autorizzazione del marito. Per conseguenza deve

---

cipato conserverebbe i suoi effetti civili, pure essendo invalido agli effetti commerciali. Giustamente tale opinione è combattuta da Vivante, il quale osserva che un atto organicamente unico non può avere contemporaneamente due nature diverse e inconciliabili (*Trattato*, I, n. 134). Ci sembra peraltro che l'opinione di Bonelli, se in generale dev'essere respinta, potrebbe essere accolta limitatamente agli atti di commercio che hanno carattere formale, come la cambiale. Il debito civile contratto dal minore emancipato nei limiti degli affari di ordinaria amministrazione non perderebbe la sua validità, anche se fosse rivestito di forma cambiaria, pure essendo inefficace come obbligazione cambiaria. È superfluo poi ricordare che l'art. 10 non trova applicazione agli atti compiuti dal minore emancipato, dai quali derivino rapporti che siano commerciali solo per l'altra parte.

(1) Manara, *Delle società e delle associazioni commerciali*, n. 13 e 14. Conformi al testo: Vivante, *Trattato*, I, n. 111; Navarrini, *Trattato*, I, pag. 335.

ritenersi che la legge 17 luglio 1919, n. 1176, con cui fu abolito l'istituto dell'autorizzazione maritale, abbia abrogato anche l'art. 14 del codice di commercio. All'infuori di queste due eccezioni, che si riducono oramai ad una sola, la regola generale è che si deve fare capo al diritto civile per stabilire la capacità a compiere atti di commercio isolati.

A questo proposito possono sorgere difficoltà, che derivano principalmente da due ragioni.

La prima difficoltà deriva da ciò: che il diritto civile, nel disciplinare la capacità a compiere atti giuridici da parte delle persone assolutamente e relativamente incapaci, distingue di solito gli atti eccedenti da quelli non eccedenti la semplice amministrazione. Così, per esempio, il genitore esercente la patria potestà ha la rappresentanza del figlio e ne amministra i beni, ma non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione, se non per causa di necessità evidente e mediante l'autorizzazione del tribunale (art. 224 codice civile). Così l'inabilitato non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione senza l'assistenza del curatore (art. 339 codice civile). Quindi sorge spontanea la questione. se gli atti di commercio si debbano ritenere tutti come eccedenti la semplice amministrazione.

La risposta negativa non ci sembra dubbia. Si ha un atto, che eccede la semplice amministrazione o un atto di disposizione del patrimonio, quando, in qualunque modo e sotto qualunque forma, si dispone di un elemento patrimoniale che costituisce quella parte stabile o permanente del patrimonio destinata all'uso e alla riproduzione. Si ha invece atto di amministrazione, quando, senza intaccare il fondo patrimoniale, si mira a conservarlo o a riscuoterne i frutti (1). Ciò importa che bisogna, volta per volta, indagare se l'atto di commercio di cui si tratta ha la semplice funzione economica di conservare il capitale o realizzare le rendite, ovvero l'altra funzione più importante di mutare la consistenza del patrimonio, alterandone il valore capitale.

---

(1) Vedi Ferrara, in *Filangieri*, 1903, pag. 417 e segg., e *Riv. di dir. comm.*, 1908, II, 56; Bonfante, *Riv. di dir. comm.*, 1905, II, 589; Giovene, *Ivi*, 1912, II, 114; Coviello, *Manuale di dir. civ.*, pag. 306.

In linea di massima gli atti di commercio fondamentali debbono qualificarsi tutti, in generale, atti eccedenti la semplice amministrazione, perchè essi sono manifestazione di un'attività intermediaria, da cui è inseparabile l'elemento del rischio. Chi si fa intermediario di uno scambio assume su di sè il rischio che lo scambio si compia alle condizioni da lui previste. Se lo scambio non si perfeziona o se si perfeziona a condizioni tali da procurare una perdita all'intermediario, ne deriva a questi un danno, che costituisce una vera diminuzione di patrimonio. Ecco perchè ogni atto di commercio fondamentale eccede la semplice amministrazione. Gli atti commerciali per connessione, invece, possono, in taluni casi, non eccedere la semplice amministrazione, e ciò avviene precisamente per quegli atti, la cui connessione con una speculazione commerciale è presunta, quando si possa dimostrare che la connessione non esiste e che lo scopo dell'atto è soltanto quello di conservare il patrimonio, o di realizzarne le rendite. Infatti la presunzione di connessione vale bensì agli effetti di sottoporre l'atto alla disciplina del codice commerciale, ma non può essere tratta a conseguenze fuori del campo, in cui operano le norme delimitative del codice; e perciò la presunzione non ha più luogo quando si tratta di decidere della capacità della parte a porre in essere uno di tali atti. Così, per es., è un atto di commercio per connessione il deposito nei magazzini generali; ma, se si prova che, nel singolo caso, la connessione non esiste, e che il deposito non fu fatto allo scopo di speculare sulle merci, ma unicamente per conservarle, il deposito nei magazzini non sarà un atto eccedente la semplice amministrazione. In sostanza, occorre istituire caso per caso una ricerca, per determinare, quale è il vero scopo economico dell'atto; e si dirà ch'esso è un atto di disposizione, solo quando si riscontreranno effettivamente in esso il carattere di un atto capace di mutare la consistenza del patrimonio e di alterarne il valore capitale (1).

---

(1) La dottrina e la giurisprudenza sono prevalentemente concordi nell'escludere che l'atto di commercio sia, come tale, atto eccedente l'ordinaria amministrazione: BOLAFFIO, *Comm.*, I, pag. 572; VIVANTE,

L'altra difficoltà, in cui ci si imbatte nel determinare la capacità a fare atti singoli di commercio, riguarda certi atti, come, per es., la cambiale, che hanno un carattere formale, e che possono servire a coprire operazioni della più svariata natura. E quello che si dice per la cambiale, vale in genere per tutti i negozi astratti, cioè per i negozi isolati dalla causa, come sono i negozi, che si compiono colla emissione di un titolo di credito. La questione, a nostro avviso si risolve, ricercando caso per caso, qual è il rapporto fondamentale, in base a cui il negozio fu conchiuso, per es., in base a cui la cambiale fu emessa o girata. Alla stregua di questo rapporto deve giudicarsi pertanto della capacità di un non commerciante a emettere una cambiale o in genere un titolo di credito (1).

59. *b*) *Persone giuridiche.* — Anche le persone giuridiche possono essere soggetti di diritto commerciale, sia in quanto compiono atti isolati di commercio, sia in quanto partecipano ad un rapporto misto, ossia derivante da un atto, che è commerciale per l'altra parte. È naturale che in ambedue i casi le persone giuridiche siano soggette al diritto commerciale. Al pari che per le persone fisiche, questa conseguenza deriva,

---

Trattato, I, n. 111. Si veda anche la nota che segue. Cass. Firenze, 10 maggio 1891 (*Foro ital.*, 1891, I, 714); App. Firenze, 17 dicembre 1895 (*Annali*, 1896, 16).

(1) Questo punto è controverso nella dottrina. In senso contrario, si esprime BOLAFFIO, *Comm.*, pag. 615, per il quale, sembra, lo speciale rigore cambiario debba far considerare l'atto come eccedente in ogni caso la semplice amministrazione. Si noti tuttavia che il B. tratta la questione a proposito dei minori emancipati, per i quali, a nostro avviso contrario a quello di BOLAFFIO, l'art. 10 vieta ogni atto di commercio e quindi anche la cambiale. Altri autori si esprimono egualmente in senso contrario, partendo dal concetto che ogni atto di commercio costituisca di per sè un atto eccedente la semplice amministrazione: vedi SRAFFA, *Del mandato e della commissione*, in *Commentario del codice di commercio*, Milano, Vallardi edit., vol. IV, n. 8, pag. 27. Nel senso del testo vedi VIVANTE, *Trattato*, n. 111; NAVARRINI, *Trattato*, I, pag. 349, in nota; SUPINO, *Della cambiale e dell'assegno bancario*, in *Cod. di commercio commentato*, 5ª ediz., vol. V, n. 9; BOGGIO, *Persone fisiche incapaci*, II, 233; App. Bologna, 21 giugno 1907 (*Riv. di dir. comm.*, 1908, II, 56); Appello Modena, 11 dicembre 1909 (*Ivi*, 1910, II, 510, con nota di PAGANI).

per i rapporti derivanti da atti di commercio compiuti da esse persone giuridiche, dalle disposizioni degli art. 1-3 e seguenti del codice di commercio; per i rapporti misti dalla disposizione dell'art. 54.

Tuttavia una difficoltà si presentava per le persone giuridiche pubbliche, che, escluse le società commerciali, di cui non è qui il caso di parlare, costituiscono la grandissima maggioranza delle persone giuridiche, le quali possono divenire soggetti di rapporti giuridici commerciali, senza essere per questo commercianti. Infatti si sarebbe potuto escludere le persone giuridiche pubbliche dalla sfera di applicazione del diritto commerciale, per l'antitesi esistente fra l'interesse pubblico, di cui quegli enti procurano la realizzazione, e la idea della speculazione e del lucro, che è inerente al concetto del commercio. Ma giustamente l'art. 7 del codice di commercio ha risoluto la questione, dichiarando che lo Stato, le Provincie ed i Comuni non possano acquistare la qualità di commerciante, ma possono fare atti di commercio, e per questi rimangono soggetti alle leggi e agli usi commerciali. L'impossibilità di diventare commercianti deriva a questi enti appunto dal loro carattere pubblico, perchè è incompatibile con l'esercizio di una funzione pubblica, cioè d'interesse generale, l'esercizio di una professione, che di sua natura implica uno scopo di lucro o di utilità privata. Ma diversamente deve dirsi per il compimento di un atto di commercio isolato, quando anche si tratti di un atto di commercio fondamentale. Abbiamo veduto infatti che non è essenziale alla funzione intermediaria degli scambî l'idea della speculazione o del lucro, giacchè può quella funzione essere esercitata anche per uno scopo di beneficenza o di liberalità, e sopratutto per uno scopo di utilità generale. E con lo sviluppo sempre crescente preso dall'esercizio diretto di attività commerciali o industriali da parte dello Stato e di altri enti pubblici minori, specie dai municipî (municipalizzazioni), non si può negare alle persone giuridiche di diritto pubblico la facoltà di farsi intermediarie degli scambî, appunto per meglio adempiere i loro scopi di utilità generale. Il principio dell'art. 7 è scritto esplicitamente solo per lo Stato, le Provincie, i Comuni, ma esso vale in genere per tutte le persone giuridiche pubbliche;

si tratta di un principio generale, e quindi applicabile a tutti i casi analoghi a quelli espressamente contemplati (1). Quindi anche le istituzioni pubbliche di beneficenza, anche i Monti di Pietà, anche le Camere di commercio (2), anche le Casse di risparmio, anche i Sindacati legalmente riconosciuti, sebbene non possano diventare commercianti, possono fare atti di commercio isolati, e a questo titolo sono soggetti al diritto commerciale (3).

È naturale che la capacità di questi enti a fare atti singoli di commercio si regoli secondo le disposizioni del diritto amministrativo. Ricorreremo perciò al diritto amministrativo per sapere quali organi sono competenti a compiere i varî atti di commercio, e quali sono le forme a ciò necessarie.

§ 18. **I commercianti.**

Sommario: 60. Professione di commerciante; elementi: *a*) esercizio di un'attività intermediaria; *b*) esercizio permanente e stabile di questa attività; *c*) scopo di lucro. Altri pretesi elementi. — 61. *Persone fisiche:* particolari incompatibilità: loro effetti. — 62. *Persone giuridiche:* acquisto della qualità di commerciante. Società commerciali. Società civili. Enti pubblici.

60. Sebbene, come abbiamo veduto, anche i non commercianti possano essere soggetti di rapporti giuridici commer-

(1) Respingiamo quindi nettamente il concetto che si tratti di una norma eccezionale, come tale non estensibile per analogia. In questo senso, invece, Bolaffio, *Comm.*, pag. 562, al quale, sembra tra l'altro, che « la negata qualità di commerciante riesca per i corpi morali di pubblica ragione una restrizione ingiustificata dei diritti e dell'esercizio dei medesimi ». Da ciò che è esposto nel testo risulta invece che la esclusione della qualità di commerciante deriva logicamente dalla nozione stessa di commerciante e nessun bisogno vi sarebbe stato di una esplicita disposizione in proposito. Riteniamo anzi che la ragione dell'art. 7 non stia tanto nella necessità di escludere negli enti pubblici la qualità di commerciante, quanto nella necessità di dichiarare applicabili anche ad essi le leggi e gli usi commerciali, specialmente in rapporto alla disposizione dell'art. 54 connessa con quella dell'art. 870 del codice di commercio.

(2) Conf. App. Genova, 9 marzo 1915 (*Rivista di dir. comm.*, 1915, II, 385).

(3) Vedi oltre, n. 62.

ciali, pure la categoria di gran lunga più importante delle persone di diritto commerciale è costituita dai commercianti.

Commerciante è qualunque soggetto di diritti, persona fisica o giuridica, che esercita il commercio professionalmente, vale a dire che esercita una attività intermediaria degli scambî in modo permanente e allo scopo di trarne un guadagno.

Il concetto della professione commerciale implica adunque tre elementi:

1° *L'esercizio di un'attività intermediaria, e quindi il compimento di uno o più di quegli atti, che noi abbiamo chiamato atti di commercio fondamentali.* Il compimento di atti commerciali per connessione sarebbe affatto insufficiente, perchè questi atti sono commerciali solo in quanto si ricollegano ad un'attività commerciale; solo dunque questa attività primaria o fondamentale può essere presa in considerazione, quando si vuole attribuire a un determinato soggetto la qualità di professionista del commercio. Questo spiega come il fare anche abitualmente atti di commercio per connessione, per esempio, emettere abitualmente cambiali, non sia sufficiente per diventare commerciante (1).

2° *L'esercizio permanente o stabile di tale attività intermediaria.* È questo un elemento necessario in ogni esercizio professionale. Ma ciò non implica la necessità di una serie ripetuta di speculazioni commerciali; vi sono attività commerciali, per il cui compimento occorre un lungo periodo di tempo, e che perciò racchiudono in sè l'elemento della stabilità, per esempio, un'impresa teatrale. D'altro canto non è neppure necessario che l'esercizio della funzione intermediaria

---

(1) Che l'emissione e la negoziazione, anche abituali, di cambiali non siano sufficienti ad attribuire la qualità di commerciante è ormai ammesso concordemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sebbene in passato non sia mancato qualche dissenso: Bolaffio, in *Foro ital.*, 1889, I, 240; Vivante, *Trattato*, n. 103; Navarrini, *Trattato*, n. 231; Supino, *Della cambiale e dell'assegno bancario*, n. 18, e fra le sentenze più recenti: Cass. Palermo, 24 marzo 1917 (*Dir. comm.*, 1917, 427); App. Bologna, 26 giugno 1905 (*Ivi*, 1905, 730); App. Casale, 15 dicembre 1905 (*Giur. tor.*, 1906, 151); App. Venezia, 30 gennaio 1908 (*Cons. comm.*, 1908, 188). *Contra:* App. Palermo, 31 gennaio 1903 (*Riv. di dir. comm.*, 1903, II, 325).

assorba tutta l'attività della persona; essa può anche costituire un'attività meramente accessoria (per es., si può essere agricoltore e commerciante, libero professionista e commerciante, artista e commerciante); basta che sia un'occupazione stabile (1).

3° *Lo scopo di trarre un guadagno o lucro.* Questo elemento non è necessario nella funzione intermediaria in sè considerata, ma è necessario, perchè questa funzione assuma il carattere professionale; quindi si può fare un atto di commercio, senza scopo di lucro, ma non si può diventare commerciante, senza lo scopo di ritrarre un guadagno dalla propria attività commerciale.

A questi tre requisiti o elementi costitutivi della qualità di commerciante se ne sogliono aggiungere altri. Si dice anzitutto che, per acquistare la qualità di commerciante, occorre esercitare il commercio in *nome proprio* (2). Effettivamente chi esercita il commercio in nome altrui non diventa commerciante; ma questo, non è tanto un elemento specifico della professione commerciale, quanto un effetto generale della rappresentanza. Chi agisce in nome altrui è, infatti, un rappresentante, ed è principio generale, inerente al concetto stesso della rappresentanza, che tutto quanto è posto in essere dal rappresentante produca effetti giuridici nella persona del rappresentato. Quel che si dice dunque della professione commerciale, che dev'essere esercitata in nome proprio, vale in genere per qualunque attività giuridica. Si tratta dunque di un principio generale comune a tutti gli atti compiuti dai rappresentanti, e non di un elemento costitutivo specifico della professione commerciale.

L'altro requisito, di cui si parla, è l'assunzione di responsabilità illimitata (3). Si dice che è commerciante solo colui che, esercitando il commercio, assume una responsabilità illi-

(1) Conf. App. Catanzaro, 30 luglio 1912 (*Giur. cal.*, 1912, 487); App. Venezia, 18 febbraio 1909 (*Temi gen.*, 1909, 126); Cass. Napoli, 29 ottobre 1896 (*Mon. trib.*, 1897, 430); Cass. Torino, 23 dicembre 1889 (*Dir. comm.*, 1890, 251).

(2) Vivante, *Trattato*, n. 100; Navarrini, *Trattato*, n. 220; Bolaffio, *Comm.*, pag. 571.

(3) Bolaffio, *Comm.*, pag. 577; Navarrini, *Trattato*, n. 219.

mitata. Ora anche qui siamo di fronte ad un principio, che non è punto specifico della materia. Per gli art. 1948 e 1949 codice civile, chiunque si obbliga, obbliga tutto il suo patrimonio, assume cioè responsabilità illimitata. D'altro canto, le singole eccezioni, che la legge stessa stabilisce al principio della responsabilità illimitata, non impediscono affatto l'acquisto della qualità di commerciante; anzi, l'esempio più insigne, forse, di responsabilità personale *limitata*, che ci offra il nostro ordinamento giuridico, concerne appunto una categoria di commercianti, vale a dire gli armatori (art. 491 codice di commercio). Ciò significa che la limitazione della responsabilità non è di ostacolo all'acquisto della qualità di commerciante. Anzi, si potrebbe forse andare più in là, specie quando si ricordi che il principio della responsabilità limitata è nato e si è diffuso principalmente per opera del diritto commerciale, e si potrebbe dire, forse, che i soggetti di diritto, rispetto a cui il principio della responsabilità limitata trova più larga applicazione, sono proprio i commercianti.

Nel nostro diritto positivo non occorre, per acquistare la qualità di commerciante, alcun requisito formale, come nessuna formalità è, d'altro canto, sufficiente per conferire la qualità di commerciante. In altri termini, l'esercizio del commercio e solo l'esercizio del commercio attribuisce la qualità di commerciante. In altre legislazioni invece, come, per es., la legislazione germanica, si può diventare commercianti anche per effetto della iscrizione nel registro di commercio. Secondo il codice di commercio germanico, si diventa commercianti in due modi: o perchè si esercita una industria dichiarata commerciale dalla legge, o perchè si è iscritti nel registro di commercio (§§ 1 e 2). Vi sono dunque in Germania due specie di industrie commerciali: le industrie commerciali *naturali* e le industrie commerciali *per registrazione* e, corrispondentemente, due categorie di commercianti. Niente di tutto ciò invece secondo il nostro codice, il quale non ammette che una sola categoria di commercianti, quelli che esercitano una industria di per sè commerciale. È vero che la legge 20 marzo 1910, n. 121, sulle Camere di commercio (art. 53), così come la recente legge 25 aprile 1926, n. 731, sui Consigli provinciali dell'Economia (art. 28) impone a chiunque eserciti commercio o industria di

farne denuncia alla Camera di commercio e ora al Consiglio provinciale dell'Economia, per essere iscritto nel registro delle ditte, e fa obbligo a tali enti di provvedere d'ufficio alla iscrizione di coloro che non hanno presentato la denuncia (articoli 60 e 61 della legge sulle Camere di commercio). Ma questa iscrizione nel registro delle ditte non ha nessuna influenza giuridica rispetto alla determinazione della qualità di commerciante. Chi è iscritto nel registro non è per questo commerciante (1), nè chi non vi è iscritto è perciò solo non commerciante (2). Al contrario, può benissimo essere dichiarato commerciante chi non è iscritto nel registro e non commerciante chi vi è iscritto. Anzi, l'iscrizione nel registro non importa nessuna presunzione giuridica di commercialità, perchè non si diventa commercianti presso di noi che in un sol modo, esercitando il commercio. Tutto il valore della iscrizione delle ditte si limita a ciò, che essa può costituire una presunzione di mero fatto (*praesumptio hominis*) o un indizio, che colui che è iscritto esercita il commercio. Ma questo indizio è di per sè solo insufficiente, quando non sia rafforzato da altri elementi di prova, giacchè per l'art. 1334 del codice civile le presunzioni *hominis* non hanno valore di prova, se non quando siano molteplici, gravi, precise e concordanti.

Vi sono *persone fisiche* commercianti e *persone giuridiche* commercianti.

61. *A*) *Persone fisiche*. — Nel nostro diritto positivo chiunque può essere commerciante; sono infatti spariti nel diritto moderno gli antichi divieti e le antiche limitazioni all'esercizio del commercio. Le incompatibilità che ancora sussistono, specialmente rispetto ai funzionari dello Stato, ai notai e ai procuratori legali (3), non hanno oramai che un

---

(1) Conf. App. Venezia, 8 febbraio 1913 (*Cons. comm.*, 1913, 44).

(2) Conf. App. Genova, 11 febbraio 1924 (*Temi gen.*, 1924, 145); App. Roma, 13 novembre 1913 (*Rass. comm.*, 1914, 79).

(3) Il commercio è vietato ai Consoli (legge 28 maggio 1866, art. 4); agli impiegati civili (regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2960, art. 96); ai funzionari dell'ordine giudiziario ed agli uscieri (legge sull'ordinamento

effetto limitato; esse non rendono impossibile l'acquisto della qualità di commerciante, ma producono soltanto l'effetto di sottoporre chi ha violato il divieto a sanzioni disciplinari.

Perchè una persona fisica possa diventare commerciante occorre l'esercizio effettivo della professione commerciale. Non basta chiamarsi commerciante, dichiararsi commerciante nella intestazione della corrispondenza, in circolari, in atti pubblici o privati; non basta farsi iscrivere nel registro delle ditte. Non è l'intenzione che fa acquistare la qualità commerciale, è il fatto (1). E ciò per una ragione assai semplice. Lo stato di commerciante è una condizione di vita, che il diritto trasforma in uno stato giuridico. Ora l'uomo non può acquistare uno stato o condizione sociale con una semplice dichiarazione di volontà; nel mondo moderno, in cui l'attività dell'individuo è perfettamente libera e può svolgersi a suo piacimento nei campi più disparati, solo il fatto dell'esercizio di una determinata professione costituisce un elemento decisivo, per porre una persona in un determinato stato o condizione sociale. L'intenzione può mutare, solo il fatto costituisce un dato positivo irrevocabile.

62. *B) Persone giuridiche.* — Per le persone giuridiche vale un principio assai diverso da quello, che abbiamo or ora affermato rispetto alle persone fisiche. Per le persone giuridiche non occorre l'effettivo esercizio della professione commerciale; basta che esse siano costituite con lo scopo di esercitare il commercio professionalmente, cioè in modo stabile e per realizzare un lucro. Mentre quindi, per le persone fisiche l'intenzione non basta, per le persone giuridiche basta lo scopo.

---

giudiziario 6 dicembre 1865, art. 14, ora art. 15 regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2786); agli avvocati erariali (art. 9 del testo unico, approvato con regio decreto 24 novembre 1913, n. 1303, modificato dall'art. 3 del regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2828); inoltre è vietato agli avvocati e ai procuratori legali (legge 25 marzo 1926, n. 70, art. 3); ai notai (legge 16 febbraio 1913, n. 89, art. 2), ecc.

(1) Conf. App. Genova, 11 febbraio 1924 (*Temi gen.*, 1924, 143); Cass. Napoli, 29 luglio 1919 (*Foro ital.*, 1919, 837); App. Genova, 23 giugno 1916 (*Temi gen.*, 1916, 426); App. Palermo, 29 luglio 1912 (*Foro sic.*, 1912, 412); App. Torino, 8 luglio 1902 (*Giur. tor.*, 1902, 1106).

La ragione della differenza è evidente. Mentre l'uomo ha nella vita molteplici scopi, che può realizzare in molti modi e in tutte le possibili forme di attività, la persona giuridica nasce per uno scopo determinato, e la sua attività è segnata e limitata da questo scopo. Lo scopo, in altri termini, è la legge fondamentale e immutabile della vita della persona giuridica. Si comprende, quindi, come una persona giuridica sia commerciante, per il solo fatto che si è costituita allo scopo di esercitare il commercio. E questo principio è riconosciuto esplicitamente dalla legge; infatti, l'art. 8 del codice di commercio dichiara commercianti le società commerciali, e l'art. 76 dello stesso codice stabilisce che una società è commerciale quando si costituisce allo scopo di esercitare uno o più atti di commercio.

Il principio, che abbiamo più sopra stabilito, secondo cui nel nostro diritto positivo la qualità di commerciante non si acquista, se non con l'esercizio del commercio e non per il fatto dell'adempimento di formalità estrinseche, riceve, rispetto alle persone giuridiche, una parziale limitazione dall'art. 229 del codice di commercio. Per questo articolo una società, che non abbia per iscopo l'esercizio del commercio, quindi una società civile, qualora si costituisca nelle forme della società per azioni, viene sottoposta alle disposizioni del codice di commercio, salvo le disposizioni riguardanti il fallimento. In questo caso, dunque, la sola forma assunta dalla società basta per sottoporla quasi integralmente al regime delle società commerciali; ciò equivale a dire che, salvo l'eccezione del fallimento, per tutto il resto una società civile a forma di società per azioni è considerata come un commerciante.

Abbiamo parlato, finora, di persone giuridiche commercianti in generale. Affrettiamoci ad aggiungere che il nostro diritto positivo non conosce che una sola categoria di persone giuridiche commercianti: le *società commerciali*. Questo non significa che non vi siano altre persone giuridiche che esercitano il commercio; ve ne sono invece molte altre, ma si tratta di persone giuridiche, che, pure esercitando il commercio, non acquistano mai la qualità di commercianti, cioè di professionisti del commercio. Non sono perciò enti commerciali il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia; il Monte dei Paschi di

Siena; non sono enti commerciali le Casse di risparmio; i Monti di pietà; le società di mutuo soccorso; non è ente commerciale l'Istituto nazionale delle assicurazioni, benchè abbia una personalità giuridica propria distinta dallo Stato. Tutti questi enti esercitano abitualmente il commercio, fanno cioè una serie di operazioni commerciali. Il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia, il Monte dei Paschi di Siena sono vere e proprie banche, che ricevono credito e lo distribuiscono. Anche le Casse di risparmio sono vere e proprie banche, perchè ricevono denari dai depositanti e impiegano il denaro ricevuto, dandolo alla loro volta a credito. Anche i Monti di pietà, in quanto almeno ricevono depositi, come spesso accade, fanno una serie di operazioni bancarie. E le società di mutuo soccorso, quando sono organizzate bene, sono vere imprese di assicurazione.

Pure tuttavia nessuno di questi enti è commerciante, per una ragione assai semplice, che l'esercizio del commercio è per essi *mezzo* e non *fine;* essi esercitano il commercio per un fine ultimo, che non è di speculazione o di lucro, ma di utilità pubblica. Così il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia, nonchè il Monte dei Paschi di Siena, hanno come mèta ultima quella di diffondere il credito, e tutti i lucri, che dall'esercizio del commercio ritraggono, impiegano o in aumento del proprio capitale, che è quanto dire per accrescer efficacia alla loro azione, o in altre opere di utilità generale (1). Le Casse di risparmio, intorno a cui tanto si è discusso, esercitano pure il commercio bancario soltanto come mezzo, giacchè il loro fine è la diffusione del risparmio e del credito, ed esse impiegano i loro lucri in opere di utilità generale, come ce ne porge esempio insigne la Cassa di risparmio delle provincie lombarde, la quale dalla sua costituzione ha dato centinaia di milioni

(1) Si cons. FADDA e BENSA, *Note al Windscheid*, I, pag. 802; VIVANTE, vol. II, n. 306. Le recenti disposizioni sui Banchi di Napoli e di Sicilia (regio decreto-legge 23 luglio 1926, n. 1298), i quali hanno cessato di essere istituti di emissione per effetto del regio decreto-legge 6 maggio 1926, n. 812, confermano il carattere messo in rilievo nel testo dei Banchi, che nell'art. 1° del regio decreto-legge 23 luglio 1926 sono denominati «stabilimenti di credito di diritto pubblico».

in opere di pubblica utilità. Anche le Casse di risparmio pertanto non si possono considerare enti commerciali, per questa semplice ragione, che non sono enti privati, ma enti pubblici (1). E lo stesso è a dirsi dei Monti di pietà che, anche quando ricevono depositi, mirano sempre allo scopo di elargire il credito ai più bisognosi. Ed egualmente le società di mutuo soccorso hanno più uno scopo di previdenza sociale che quello di assicurare ai soci vantaggi economici, e in ciò appunto si distinguono dalle società di assicurazione. Si tratta dunque sempre di enti, che non hanno soci o almeno (come avviene per le società di mutuo soccorso) che non si propongono il vantaggio dei soci in modo diretto, ma uno scopo di beneficenza o di previdenza sociale, e che quindi non devolvono i loro utili a vantaggio di privati. Ciò importa che manca in tali enti ogni qualità professionale, perchè professione è sempre attività diretta a scopo di lucro privato o di speculazione, e gli enti pubblici, che si propongono scopi di utilità pubblica,

---

(1) Una vasta letteratura si è formata su questo argomento. Sostengono che le Casse di risparmio ordinarie siano, o almeno possano essere, enti commerciali: BRUSCHETTINI, *Le Casse di risparmio e il codice di commercio*, in *Arch. giur.*, 1898, pag. 545 e seg.; FRANCHI, in *Annuario di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, 1893, pag. 129 e seg., e in *Giur. ital.*, 1899, I, 2, 372; PETTINI M., *Perchè le Casse di risparmio debbono, secondo il diritto positivo italiano, considerarsi enti commerciali*, in *Giur. ital.*, 1904, IV, 54, e ancora *Ivi*, 1905, IV, 113, e 1908, IV, 1 e segg.; ABELLO, *Della qualità di commerciante e delle Casse di risparmio ordinarie*, in *Diritto comm.*, 1918, I, 97 e seguenti. Vedi inoltre: VIDARI, *Corso*, vol. II, n. 671; GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. V, pag. 475; BOLAFFIO, *Commento*, n. 109: NAVARRINI, *Trattato*, n. 242. Sono invece conformi al testo: PAPA D'AMICO, *Le Casse di risparmio sono enti commerciali?*, in *Dir. comm.*, 1895, pag. 797 e seg.; DI NOLA, *Le Casse di risparmio non sono enti commerciali*, in *Riv. di dir. comm.*, 1906, II, 389. Nello stesso senso: VIVANTE, *Trattato*, n. 109; SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, pag. 45; BONELLI, *Fallimento*, n. 21. La nostra giurisprudenza è pure nettamente nel senso che le Casse di risparmio siano enti di natura civile (meglio si direbbe pubblica). Cons. Cass. Palermo, 23 novembre 1895 (*Giur. ital.*, 1896, I, 1, 278); Cass. Roma, 31 marzo 1903 (*Riv. di dir. comm.*, 1904, II); Cass. Napoli, 8 febbraio 1906 (*Ivi*, 1906, II, 389); Cass. Torino, 25 settembre 1907 (*Giur. ital.*, 1907, 1060); App. Bologna, 1° giugno 1917 (*Ivi*, 1917, I, 1, 320) e, da ultimo, Corte di cassaz. del Regno, 11 agosto 1924 (*Ivi*, 1924, I, 1, 849).

non possono esercitare nessuna professione e meno che mai quella del commerciante.

Le conseguenze che si desumono da questo principio sono molto importanti. Tutti questi enti sono bensì, in ragione dei loro, atti, soggetti al diritto commerciale (art. 7 codice di commercio), ma non possono mai diventare commercianti, e quindi non sono soggetti a quelle disposizioni del diritto commerciale, che riguardano le persone dei commercianti e lo stato giuridico del commerciante; quindi ancora (conseguenza importantissima) questi enti, quando diventano insolvibili, non possono essere dichiarati in fallimento, così come non possono essere dichiarati in fallimento gli altri enti pubblici enumerati dall'art. 7.

Sezione II. — *Gli oggetti o cose.*

§ 19. Distinzione delle cose.

Sommario: 63. *A*) Cose mobili ed immobili. — 64. *B*) Cose semplici e complesse. Le «universitates». In particolare, l'azienda commerciale: nozione e natura giuridica. — 65. *C*) Cose fungibili ed infungibili. In particolare, la moneta. — 66. *D*) Cose corporali e incorporali. In particolare, i segni distintivi. — 67. La ditta. — 68. L'insegna. — 69. Il marchio. — 70. *E*) Cose aventi un valore in sè e cose rappresentanti un valore. Le carte valori o titoli di credito: concetto, specie.

63. *A*) *Cose mobili ed immobili.* — Il codice di commercio del 1882, come abbiamo veduto, ha fatto rientrare anche le cose immobili nel campo del diritto commerciale, riconoscendo così una evoluzione, già da tempo compiutasi nel campo economico. Oramai dunque, non solo le cose mobili, ma anche le cose immobili, anche i fondi urbani e rustici possono formare oggetto di rapporti di diritto commerciale. Rimane soltanto fra le cose mobili e le immobili questa differenza, che i rapporti sulle cose mobili, regolati dal diritto commerciale, sono assai più numerosi che non i rapporti sulle cose immobili. Il possesso e la proprietà delle cose mobili, in materia commerciale, si possono dire regolati prevalente-

mente dal diritto commerciale, mentre il possesso e la proprietà dei beni immobili, anche quando si versa in materia di commercio, rimangono sempre regolati prevalentemente dal diritto civile. Quindi, anche in materia commerciale, il trapasso della proprietà dei beni immobili dev'essere fatto colle forme rigorose volute dal diritto civile (1).

Le cose immobili, che possono essere oggetto dei rapporti di diritto commerciale, sono, tanto gli immobili *per loro natura*, come i terreni, le fabbriche, gli alberi e le piantagioni, i frutti non ancora separati dal suolo, le sorgenti, i serbatoi, i corsi d'acqua, i canali, che conducono le acque in un edificio o fondo, i molini, i bagni e tutti gli edifici galleggianti, quando siano attaccati alla riva e servano ad una fabbrica esistente sulla riva stessa (art. 408-413 codice civile); quanto gli immobili *per destinazione*, cioè le cose che la legge reputa immobili a causa della loro dipendenza dall'immobile, al cui uso sono destinate (art. 413-415 codice civile).

Le cose mobili, che possono formare oggetto dei rapporti di diritto commerciale, sono della più svariata natura. Possono essere così prodotti dal suolo come oggetti manifatturati. In generale, una cosa mobile destinata al commercio si chiama *merce o mercanzia*. Una categoria speciale di cose mobili, che sono frequentemente oggetto di rapporti commerciali, e che si distinguono dalle merci, è data dai *titoli di credito*, che sono documenti rappresentativi di diritti, dei quali diremo fra breve.

Fra le cose mobili meritano una menzione speciale le *navi*, che nel diritto commerciale hanno una grande importanza. La nave è considerata dalla legge come cosa mobile (codice di commercio, art. 480). Nave è, nel senso del codice, qualunque costruzione destinata a galleggiare sulle acque del mare o su acque interne, che possa navigare o per forza propria o in altro modo. L'importanza, che ha la nave nel diritto commerciale, è considerevole, non solo perchè buona parte del commercio si svolge per le vie del mare e per le altre vie d'acqua, ma anche perchè il regime delle proprietà delle navi è regolato

(1) Si cons. sull'argomento: Mortara e Azzariti, *Comm.* cit., n. 208; Vivante, *Trattato*, I, n. 51, e IV, n. 2223; Navarrini, *Trattato*, I, n. 181 e 185; Magri, *Le materie comm.*, Bologna 1910, pag. 115.

dal diritto commerciale con norme tutt'affatto particolari, che fanno della nave una cosa mobile *sui generis*, per taluni rispetti assimilata agli immobili.

64. *B) Cose semplici e complesse. Le « universitates », in particolare, l'azienda commerciale.* — Tutte le cose risultano necessariamente di più elementi; ma questi elementi possono nella loro unione perdere ogni individualità, di modo che la cosa, che ne deriva, si debba considerare materialmente unica. In questo caso si ha una cosa *semplice*. Così, per es., un pezzo di metallo, anche se consti di più pezzi saldati insieme, un animale, una pianta, una pietra. Quando invece una cosa si compone di più elementi, che hanno una individualità propria, in modo che, uniti, servono a soddisfare un bisogno, ma potrebbero, staccati, servire a soddisfarne altri, si ha una cosa *complessa*. Così, per es., un edificio, una nave, un gioiello.

Vi sono due specie di cose complesse. Quelle, i cui elementi sono fra loro uniti materialmente, per es., un edificio, una nave, e quelle, la cui unione è puramente ideale nel senso che sono riunite, in quanto sono destinate a soddisfare un unico bisogno, per es., un gregge, una galleria di quadri, una biblioteca, ecc. Nel primo caso si parla di cosa *composte*, nel secondo caso di *universalità di cose*. Nella universalità di cose, l'unione essendo determinata dallo scopo, i singoli elementi del tutto possono variare, pur restando identico il tutto. In altri termini, l'universalità non cambia per il mutare dei suoi elementi, i quali perciò sono determinati non individualmente, ma per il fatto della loro appartenenza al tutto. Possono essere oggetto dei rapporti di diritto commerciale tutte le cose *semplici* o *complesse*, anzi nel diritto commerciale uno degli oggetti o cose più particolarmente importanti è appunto una universalità, vale a dire l'*azienda commerciale* (1).

---

(1) *Letteratura:* FADDA e BENSA, *Note al Windscheid*, I, pag. 433; CALAMANDREI, *Teoria dell'azienda commerciale*, Torino 1891; NAVARRINI, *Studî sull'azienda commerciale*, Modena 1901; FERRARA, *L'azienda commerciale negli studî recenti*, in *Giur. ital.*, 1902, IV, 273; TENDI, *Le « universitates rerum » nel diritto italiano*, Firenze 1906; CARNELUTTI, *Valore giuridico della nozione dell'azienda commerciale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1924, I, 156; CASTELLI AVOLIO, *L'azienda commerciale nella teoria e nella*

L'azienda commerciale può essere oggetto dei più svariati rapporti. Essa viene in considerazione anzitutto come oggetto di diritto di proprietà da parte del commerciante, giacchè questi non è solo proprietario delle cose singole, che compongono l'azienda, ma è altresì proprietario del tutto come tale, come un complesso cioè avente una individualità propria, anche ai fini del diritto. Ciò importa che la violazione del diritto del proprietario alla integrità economica dell'azienda, debba essere tutelato, il che, come si vedrà a suo luogo, ha molta importanza per la teoria della concorrenza sleale.

Ma anche di altri diritti reali può essere oggetto l'azienda; di semplice possesso, come di diritti reali frazionari o di garanzia: usufrutto o pegno.

Infine l'azienda può essere oggetto di rapporti obbligatorî: può essere venduta, donata, data in locazione; e di rapporti successorî: può essere lasciata in eredità o in legato.

Si vede dunque quanto sia importante il determinare la natura dell'azienda come oggetto di diritti in generale. Di ciò solo ci occuperemo ora brevemente, rimettendo alla parte speciale il trattare singolarmente dei varî rapporti giuridici, di cui l'azienda può essere oggetto.

L'azienda commerciale va considerata, prima dal punto di vista *economico;* poi dal punto di vista *giuridico*. Anche in questa materia, la struttura economica dell'istituto ne determina il carattere giuridico. Ma i due punti di vista sono differenti; solo studiandoli separatamente è possibile evitare

---

pratica del diritto, Napoli 1925; CARRARA, *Appunti per una nuova impostazione del concetto di azienda*, in *Riv. di dir. comm.*, 1926, I, pag. 45; CATALAN, *Condition juridique des fonds de commerce*, Paris 1889; GOMBEAUX, *Notion juridique des fonds de commerce*, Paris 1912; VALERY, *Maison de commerce et fond de commerce*, in *Ann de droit comm.*, 1902, 209; BOUTAUD et CHABROL, *Traité général des fonds de commerce*, Paris 1905; MONTIER et FAUCON, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, Parigi 1909; THALLER, *Traité élém.*, n. 79 e seg.; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit comm.*, n. 246 e 247; CENDRIER, *Les fonds de commerce. Traité général théorique et pratique*, 1919; GRAVE, *Das Kauffmannische Geschäft*, 1905; ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, 1910. Si veda inoltre: WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, pag. 239 e seg. e i molti autori da lui citati; COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 11ª ediz., Stuttgart 1923, § 18.

alcune confusioni, e risolvere molte difficoltà, a cui il problema dà luogo.

a) *Economicamente*, l'azienda non è che l'*impresa*, nel senso economico, cioè la *riunione dei varî elementi della produzione organizzati per la produzione*. Gli elementi della produzione sono, come è noto, il *capitale* e il *lavoro*. Come in ogni forma di impresa, anche nell'impresa commerciale o *azienda*, è indifferente la provenienza e l'appartenenza degli elementi, che la costituiscono; tanto il capitale quanto il lavoro possono essere dello stesso imprenditore (organizzatore della produzione), o di altri; e possono essere in parte dell'imprenditore, in parte di altri. Può darsi, pertanto, che l'imprenditore metta i capitali e il lavoro; può darsi che metta il proprio lavoro, ricorrendo ai capitali altrui; può darsi che metta i proprî capitali, ricorrendo al lavoro altrui; può darsi, infine, che limiti il suo contributo a quello di organizzatore della produzione, ricorrendo a capitali e lavoro altrui. La prima e la seconda ipotesi si verificheranno nella piccola impresa; la terza e la quarta nella media e grande impresa.

Come in ogni impresa, adunque, nell'azienda commerciale troviamo tre elementi: 1° il capitale; 2° il lavoro; 3° l'organizzazione dell'uno e dell'altro ai fini della produzione.

L'elemento della *organizzazione*, essenziale all'azienda, ci apre la via a comprendere che cosa sia l'*avviamento*, che viene, di solito, considerato anch'esso come elemento dell'azienda (1).

---

(1) In questi ultimi tempi si è formata una letteratura molto vasta sul tema dell'avviamento, specialmente in rapporto alla questione della tutela della così detta proprietà commerciale, in relazione alla crisi degli alloggi. Si consulti Sraffa, *La locazione di un negozio e l'avviamento*, in *Studî di dir. comm.*, Firenze 1907, pag. 113; Roberti, *Jus intraturae e ius stantiandi*, in *Riv. di dir. comm.*, 1921, I, 198 e seg.; Ascoli, *Sulla tutela della così detta proprietà commerciale*, in *Riv. di dir. civ.*, 1921, 417 e seg., e 1922, 99 e seg.; Polacco, *Sulla così detta proprietà commerciale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1922, I, 101; Cristofolini, *Sul compenso per l'avviamento commerciale dovuto al conduttore uscente*, in *Rivista di dir. comm.*, 1922, I, 614; Fubini, *La proprietà commerciale*, in *Mon. trib.*, 1922, I, 101, e 1925, 41; Rotondi, *La tutela dell'avviamento*, in *Studî dell'Università di Pavia*, 1925; Chiaudano, *La tutela della proprietà commerciale*, Roma 1925. Una disposizione a tutela dell'avviamento fu dettata nell'art. 6 del regio decreto-legge 3 aprile 1921, n. 331, di durata

L'azienda non è una semplice riunione di capitale e di lavoro; è una *organizzazione* di capitale e di lavoro per un fine produttivo. Ciò spiega come il valore economico dell'azienda non sia dato solo dal valore del capitale e del lavoro impiegatovi, ma anche dal valore del terzo elemento, che vi si aggiunge: l'organizzazione. Quando, infatti, l'organizzazione dei varî elementi della produzione ha raggiunto un certo grado di efficienza, il valore del complesso organizzato è superiore a quello della somma dei singoli elementi, che lo compongono.

Secondo che l'organizzazione è più o meno efficiente ai fini della produzione, si dice che l'azienda è più o meno avviata. È vero, dunque, ciò che ha osservato il CARNELUTTI, non essere l'avviamento un *elemento*, ma una *qualità* della azienda (1). L'avviamento, in sostanza, non è che l'efficienza dell'azienda commerciale ai fini della produzione; il che spiega perchè dell'avviamento si tien conto, anche agli effetti fiscali, nella valutazione economica dell'azienda.

Tale efficienza, a sua volta, dipende non solo dal capitale, e dal lavoro impiegato, ma anche dal modo dell'organizzazione.

Si comprende così come sia riuscito sempre difficile dare una esatta definizione dell'avviamento, perchè, in realtà, le circostanze che rendono efficiente, e, quindi, avviata l'azienda, sono svariatissime. Esse possono riferirsi: 1° alla composizione del capitale (diritti di privativa, che assicurino un determinato prodotto; una ditta che individui e accrediti l'azienda; una

---

temporanea. Un successivo disegno di legge fu presentato al Senato il 16 luglio 1922, *Atti del Senato*, anno 1922, stamp. n. 517, ma non ebbe seguito. Una proprietà commerciale, nel senso di un diritto del conduttore di un locale adibito ad uso di negozio, di occupare il locale medesimo, anche contro la volontà del proprietario, dopo scaduto il contratto di locazione, non può ammettersi. Una simile concezione darebbe luogo a un diritto reale del conduttore, quindi ad una espropriazione del proprietario, che non si saprebbe su che cosa fondare. Solo nel caso che, per il lungo esercizio di una azienda commerciale in un determinato locale, questo venga ad acquistare un particolare *plus-valore*, il rifiuto del proprietario a rinnovare la locazione potrebbe giustificare un diritto del conduttore cessante a ripetere tale *plus-valore*, in base ai principî dell'arricchimento indebito.

(1) CARNELUTTI, *Valore giuridico della nozione dell'azienda commerciale*, nella *Riv. di dir. comm.*, 1924, I, pag. 156 e seg.

insegna, che contraddistingua e renda noto il negozio; un marchio che garantisca la provenienza delle merci; un locale bene ubicato e bene disposto, dove il commercio sia esercitato); 2° al valore del lavoro (capacità dei dirigenti, dei tecnici, dei commessi e degli operai dell'azienda); 3° infine, all'impulso dato alla organizzazione (abitudine e fiducia del pubblico).

Definiremo, pertanto, l'avviamento come la *capacità della azienda, per la sua composizione e per l'impulso dato alla sua organizzazione, a produrre economicamente e a dar profitti all'imprenditore.*

b) Dalla nozione economica è facile passare alla *nozione giuridica dell'azienda.* L'azienda è giuridicamente « il complesso delle cose (*beni* e *servigi*) riunite ed organizzate per l'esercizio del commercio. L'elemento economico « capitale » si traduce giuridicamente nella nozione del « bene ». L'elemento economico « lavoro » nella nozione del « servigio » o della « prestazione ». A stretto rigore, fra i *servigi* o *prestazioni*, che contribuiscono a formare l'azienda, dovrebbe porsi anche il lavoro personale dell'imprenditore, ma poichè l'imprenditore è l'avente diritto sull'azienda, del suo lavoro non può giuridicamente tenersi conto, non potendosi ammettere un diritto alla propria prestazione. Può darsi, inoltre, anche, che il titolare dell'azienda non la eserciti personalmente. Dal punto di vista giuridico, dunque, i servigi sono considerati come elemento dell'azienda solo in quanto siano prestati dal personale addetto all'azienda e il titolare di questa vi abbia un diritto, in quanto cioè il personale dell'azienda sia legato da un contratto di lavoro o di impiego. Anche i servigi, o per essere più esatti, i diritti ai servigi, rientrano sempre sotto l'ampia categoria delle cose.

Da quanto è più sopra detto rimane ben determinata la *natura giuridica* della azienda.

Si è sostenuto da qualche scrittore (1) che l'azienda commerciale gode di una specie di personalità giuridica, è un

---

(1) Endemann, *Das deutsche Handelsrecht*, pag. 54 e seg.; Valery, *Maison de commerce et fonds de commerce*, in *Annales de droit comm.*, 1902, pag. 216 e seg., 319 e seguenti.

soggetto di diritti distinto dal commerciante, con il suo patrimonio, i suoi diritti, i suoi obblighi. Non vi è bisogno di dire che tale dottrina nel nostro diritto positivo non ha alcun fondamento. Questa pretesa persona giuridica non è in alcun modo riconosciuta dalla legge; anzi due testi di legge molto precisi, gli art. 1948 e 1949 del codice civile, sono in perfetta contraddizione con la possibilità di riconoscere alla azienda commerciale una qualunque autonomia. Infatti, per questi due articoli, chi ha contratto un'obbligazione risponde verso il creditore con tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri, e i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori. Ora, poichè questa regola è generale, e rispetto ai beni che costituiscono l'azienda la legge nulla dispone in contrario, si deve concludere che il commerciante risponde, con tutti i suoi beni, tanto delle obbligazioni civili, quanto delle obbligazioni commerciali e che, corrispondentemente, possono i creditori commerciali agire, tanto sul patrimonio privato, quanto sul patrimonio commerciale del commerciante, e i creditori civili, tanto sul patrimonio civile, quanto sul patrimonio commerciale. Il che significa semplicemente che l'azienda commerciale non è la sola garanzia dei creditori commerciali e neppure la loro garanzia esclusiva, e che perciò essa non gode, dal punto di vista giuridico, di alcuna autonomia.

Con ciò non si esclude soltanto che l'azienda possa considerarsi come persona giuridica, ma anche che essa possa considerarsi come una *universitas iuris* (1). L'universalità di diritto è infatti un complesso di cose destinate a uno scopo dalla volontà della legge. Così l'eredità separata, così i beni del fallito durante l'espropriazione fallimentare, così anche la dote. In tutti questi casi non può il complesso di cose essere

(1) In questo senso, specialmente, FADDA e BENSA, *Note alle Pandette del Windscheid*, I, pag. 441. Nè, certo, potrebbero offrire alcun argomento in questo senso talune disposizioni eccezionali del periodo postbellico, le quali, a fini determinati, accentuano il carattere unitario dell'azienda commerciale, come l'art. 8 del regio decreto-legge 22 dicembre 1921, n. 1962, concernente disposizioni per la liquidazione di beni di sudditi ex-nemici. Qui si tratta di *azienda* sottratta al suo titolare e la destinazione di essa ad uno scopo è fatta dalla legge, fuori della volontà del titolare.

destinato ad uno scopo diverso, e gli elementi che lo costituiscono non possono essere distratti da questo scopo, senza una ragione di necessità o di utilità. Invece nell'azienda commerciale tutto dipende dalla volontà del proprietario, il quale può benissimo mutare destinazione, quando gli piaccia, così al complesso come ai singoli beni costituenti l'azienda. Può egli dunque, non solo liquidare o vendere l'azienda quando gli piaccia, ma può diminuirla od accrescerla secondo gli convenga; può destinare all'azienda cose già costituenti il suo patrimonio privato e togliere dall'azienda beni, per destinarli al suo patrimonio privato o per venderli. Tutto ciò dimostra ad evidenza che l'azienda è una semplice *universitas facti;* per la cui composizione e per la cui vita è decisiva la volontà del proprietario (1).

---

(1) Il concetto che l'azienda commerciale sia da considerare come una universalità di fatto è prevalente nella nostra dottrina e nella giurisprudenza: VIVANTE, *Trattato*, III, n. 842; NAVARRINI, *Studî sull'azienda commerciale*, pag. 7 e seg., e *Trattato teorico pratico*, II, n. 1418; SRAFFA, in *Dir. comm.*, IX, 650; COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, n. 259; VENZI, *Annotazioni alle istituzioni di Pacifici-Mazzoni*, II, pag. 297; Cass. del Regno, 27 marzo 1925, sentenza n. 959, inedita, in *Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Azienda commerciale*, n. 6; App. Milano, 24 febbraio 1925 (*Foro ital.*, 1925, I, 703); Cass. Roma, 12 maggio 1920 (*Rivista di dir. comm.*, 1920, II, 452); Id., 11 settembre 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 1, 1001); Id., 24 maggio 1882 (*Ivi*, 1883, I, 1, 17). I tentativi fatti di recente, specialmente dal FERRARA e dal CARRARA, per dare alla teoria dell'azienda un diverso orientamento, sono, a mio avviso, falliti. Il FERRARA, *Trattato di diritto civile*, I, pag. 873, sostiene che l'azienda non è nè *universitas iuris*, nè *universitas facti*, ma una semplice *organizzazione*. Il CARRARA, *Appunti per una nuova impostazione del concetto di azienda*, nella *Riv. di dir. comm.*, 1926, I, pag. 43 e seg., definisce l'azienda come combinazione dei fattori della produzione, e la qualifica giuridicamente come un accordo, cioè come un negozio giuridico. Ma è evidente che ambedue i tentativi si fondano sulla confusione fra il concetto *economico* e il concetto *giuridico* dell'azienda. Economicamente, come è detto nel testo, l'azienda è l'*impresa*, cioè l'organizzazione dei fattori della produzione. Ma giuridicamente essa è e non può essere che un *complesso di cose*, beni e servigi. Che poi la organizzazione o combinazione dei fattori della produzione avvenga per volontà unilaterale di una sola persona, che già li possegga e riunisca (come non di rado accade) ovvero per accordi tra l'imprenditore e altre persone, ciò è irrilevante sia per la nozione economica, sia per la nozione giuridica dell'azienda.

Quel che si dice dell'azienda commerciale in generale, vale anche per quei beni, che sono destinati all'esercizio del commercio marittimo. Si suol parlare spesso di un patrimonio marittimo come qualche cosa di autonomo; specialmente i francesi sogliono distinguere la *fortune de terre* dalla *fortune de mer*. E questa distinzione troverebbe almeno in apparenza un fondamento nel principio della responsabilità limitata, che il codice di commercio (art. 491 e seg.) sancisce per le obbligazioni dell'armatore derivanti dai fatti leciti ed illeciti del capitano e dell'equipaggio. Ma la responsabilità limitata ha solamente per effetto di assegnare, mediante l'abbandono, un bene determinato (la nave e il nolo), per il soddisfacimento di determinati creditori. Il che importa bensì che questi creditori non possano fare valere i loro diritti sul restante patrimonio dell'armatore, ma non importa che gli altri creditori dell'armatore siano esclusi dal fare valere i loro diritti sulla nave abbandonata (1).

Vi è dunque qui responsabilità limitata, ma non autonomia patrimoniale, e neppure destinazione esclusiva di un bene ad uno scopo determinato. Anche la nave perciò non può considerarsi nè come *persona giuridica*, nè come *universitas iuris*.

65. *C) Cose fungibili ed infungibili.* — È fungibile una cosa rispetto ad un'altra (la fungibilità è perciò sempre la qualità d'una cosa considerata in rapporto ad un'altra) quando, pur essendone individualmente distinta, serve a soddisfare gli stessi bisogni, in modo da potersi considerare a questa equivalente e da poter essere con questa surrogata. Così il ferro, il legno, l'oro, l'argento sono cose fungibili. Al contrario è infungibile una cosa rispetto ad un'altra, quando non solo è individualmente diversa, ma serve a soddisfare bisogni diversi, in modo da dover essere considerata come non equivalente e non surrogabile all'altra. Così un quadro, una statua, un cavallo di razza.

---

(1) Ciò sarebbe vero quand'anche si ammettesse l'opinione, che io reputo infondata, secondo cui i creditori abbandonatari avrebbero un privilegio sulla nave abbandonata. (Cfr. Ripert, *Droit maritime*, Paris 1913, I, pag. 967).

È importante stabilire quando una cosa è fungibile, specialmente in materia di obbligazioni, perchè chi si è obbligato a dare una cosa fungibile si libera dando una cosa qualunque equivalente, mentre chi si è obbligato a dare una cosa infungibile, è obbligato a darla nella sua individualità.

Nel determinare la fungibilità o infungibilità di una cosa si ha riguardo in primo luogo alla natura obiettiva di essa. Ma la volontà privata può anche, purchè sia manifestata chiaramente, considerare come fungibile una cosa che sarebbe obiettivamente infungibile, e viceversa. Invece dipende sempre dalla volontà delle parti il considerare una cosa individualmente o genericamente, ossia l'aver riguardo alla cosa singola nella sua individualità o semplicemente ad una certa quantità di cose di una determinata specie. Questa distinzione non coincide esattamente con l'altra, che abbiamo ora fatta, tra le cose fungibili ed infungibili, perchè mentre quest'ultima parte sempre dal criterio della natura obiettiva della cosa, quella ha sempre per base la volontà delle parti. È certo però che quando una cosa è determinata dalle parti individualmente, essa deve considerarsi come infungibile e come fungibile se è determinata genericamente. O in altri termini, non tutte le cose fungibili sono determinate genericamente, nè tutte quelle infungibili individualmente, ma tutte quelle determinate individualmente sono infungibili, e tutte quelle determinate genericamente sono fungibili. Ciò importa che la distinzione fra cose fungibili e infungibili si applichi a tutti i rapporti, anche non contrattuali, mentre la distinzione delle cose determinate individualmente o genericamente si applica solo ai rapporti contrattuali.

Tra le cose fungibili ha una particolare importanza la *moneta*. La moneta è quella cosa che si assume come comune denominatore dei valori. Vi sono due specie di monete. Di regola, il carattere di moneta ad una cosa determinata è attribuito dallo Stato. Ma non si può escludere che, per consenso generale o particolare, sia attribuita la qualità di moneta anche a cose, a cui lo Stato non riconosce tale qualità. Nel primo caso si ha la moneta *legale*, che perciò non può essere rifiutata nei pagamenti; nel secondo caso si ha la moneta *convenzionale*. Le cose che sono adoperate come

moneta, sia per dichiarazione dello Stato (moneta legale), sia per uso costante del commercio (moneta commerciale, che non è altro che una specie di moneta convenzionale), possono altresì, eccezionalmente, essere considerate all'infuori della loro qualità di moneta, come oggetto di scambio non monetario, vale a dire come semplici *merci*. Così, per es., si possono comperare e vendere lire sterline, rubli russi e anche monete italiane, come pezzi di venti lire in oro di Vittorio Emanuele II, scudi della Repubblica romana. In questo caso non vi è alcun dubbio che, per liberarsi dalla obbligazione, occorre dare le monete contrattate.

Invece può nascere dubbio quando la moneta sia considerata nel suo ufficio di moneta, cioè di comune denominatore dei valori, come strumento degli scambî. Allora può darsi il caso che si sia avuto riguardo a una particolare specie di moneta; per es., promettendo cento sterline si può aver voluto promettere quella particolare moneta inglese che è la sterlina. Ma anche un altro caso è possibile e anche frequente, che, cioè, non si sia avuto riguardo alla specie della moneta, ma al valore di quella specie di moneta; per es., si sia contrattato il pagamento di cento sterline con l'intendimento di ricevere il valore di cento sterline.

Le due ipotesi sono contemplate nell'art. 39 codice di commercio. L'art. 39 stabilisce che quando una moneta, non avente corso legale o commerciale nel Regno, fu contrattata con la clausola *effettiva* od altra equivalente, si intende che le parti abbiano avuto riguardo alla specie della moneta e il pagamento dovrà avvenire nella moneta indicata. Se invece la moneta fu considerata semplicemente pel suo valore, e quindi non fu apposta alcuna clausola di questo genere, è ammesso che il debitore si liberi pagando una quantità di monete italiane corrispondenti al valore delle monete indicate, secondo il corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo del pagamento. (È noto che il cambio è il prezzo che bisogna pagare in moneta di un paese per avere una certa quantità di monete di un altro paese) (1).

---

(1) Le forti oscillazioni dei cambi, così frequenti nelle anormali condizioni monetarie dei varî paesi dopo la guerra, provocarono numerose

66. *D) Cose corporali e incorporali.* — Sono corporali le cose che hanno una esistenza fisica, di modo che esse cadono

---

controversie circa l'applicazione della norma legislativa ricordata nel testo, per il caso di ritardo nel pagamento. Si è discusso se in questo caso il pagamento in moneta nazionale dovesse essere fatto prendendo a base del ragguaglio il corso del cambio nel giorno di scadenza del debito, ovvero quello del giorno, in cui il pagamento venga effettivamente eseguito. Poichè l'art. 39 parla del corso del cambio nel giorno della scadenza, senza fare alcuna distinzione, si è sostenuto che la variazione nel valore del danaro tra il tempo della scadenza e il tempo del pagamento non influisce menomamente sulla regola stabilita nel codice, e che il ritardo del debitore nell'effettuare il pagamento non può avere per effetto, se non l'obbligo della corrisponsione degli interessi moratori, giusta l'art. 1231 del codice civile. Così principalmente VASSALLI, *Sul pagamento dei debiti di danaro espressi in moneta estera*, in *Riv. di dir. comm.*, 1922, 252. Questa soluzione parve però iniqua per il caso di aumento del cambio, il che purtroppo da noi si è verificato costantemente per non breve periodo di tempo, perchè, a causa del ritardo del debitore, il creditore verrebbe ad avere una somma inferiore a quella occorrente per procurarsi la quantità di moneta estera stabilita contrattualmente. Si rilevò quindi che l'art. 39 contempla il caso normale che il pagamento sia eseguito puntualmente e che perciò, secondo lo spirito della legge, che deve prevalere sulla lettera, il debitore, in qualunque tempo eseguisca la sua obbligazione, deve sempre corrispondere al creditore la somma equivalente a quella espressa in moneta straniera; il ragguaglio cioè tra la moneta nazionale e la straniera dev'essere fatto in base al cambio del giorno del pagamento. In questo senso, principalmente: ASCOLI, in *Riv. di diritto civile*, 1920, 404. Sull'argomento, oltre i due autori citati, possono consultarsi in vario senso: BOTTARI, in *Mon. trib.*, 1921, 193; GALLUPPI, in *Riv. di dir. comm.*, 1922, II, 189; COBIANCHI, *Ivi*, 1922, 67; PERSICO, in *Diritto comm.*, 1922, 119; ASCARELLI, in *Riv. di dir. comm.*, 1923, I, 444; PACCHIONI, in *Diritto comm.*, 1923, pag. 1 e 33. L'una e l'altra soluzione furono accolte nella giurisprudenza. Vedi, per es., nel primo senso: Cass. Firenze, 9 giugno 1923 (*Foro ital.*, 1923, I, 796); nel senso opposto: Cass. Torino, 9 luglio 1922 (*Ivi*, 1923, I, 907). Anche la Corte di cassazione del Regno fu in principio oscillante fra le due soluzioni: si vedano, infatti, le sentenze 13 gennaio 1924 (*Corte di cass.*, 1924, 898), e 28 giugno 1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 790). Ma poi essa ha fermata la sua giurisprudenza nel senso che il pagamento dev'essere sempre eseguito in base al corso del cambio del giorno di scadenza, ma che, in caso di ritardo imputabile, il debitore deve corrispondere, a titolo di risarcimento di danni, la differenza tra i due corsi del cambio, ritenendo che a ciò non faccia ostacolo l'art. 1231 del codice civile, secondo cui, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, i danni consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, perchè questa disposizione contem-

sotto il dominio dei sensi. Sono invece incorporali le cose che non si possono concepire se non con la mente, in seguito a un processo logico di astrazione.

---

plerebbe soltanto il danno consistente nella mancata disponibilità del danaro, non quello che si concreta nella cessata equivalenza tra la divisa estera e quella nazionale: sentenza 13 settembre 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 898), seguita da parecchie altre: vedi, per es., sentenza 11 maggio 1925 (*Ivi*, 1925, I, 1, 868); ecc. Nello stesso senso la Corte di cassazione ha deciso anche in un caso in cui, essendovi nel contratto la clausola «effettiva» o altra equivalente, il pagamento nella specie monetaria contrattuale fu ritardato e la moneta estera nel frattempo si era deprezzata: sentenza 12 settembre 1925 (*Giur. ital.*, 1925, I, 1, 956). La soluzione accolta dalla giurisprudenza della Cassazione risponde ai principî generali in materia di adempimento delle obbligazioni. Non vi è dubbio che il creditore ha diritto di ottenere il valore delle cosa oggetto della obbligazione, quale esso è al momento della scadenza. E perciò la pretesa del debitore di liberarsi dando un valore minore, deve essere respinta. Svalutatasi la moneta nazionale, in confronto di quella estera dedotta in contratto, tra il momento della scadenza e quello del pagamento, occorrerà pertanto una maggior quantità di moneta nazionale per ricostituire il valore che la prestazione aveva al momento della scadenza. Non sembra, pertanto, che sia necessario far ricorso al principio della responsabilità pei danni causati dall'inadempimento. La lettera dell'art. 39 risponde all'ipotesi normale, al *quod plerumque fit:* ma l'art. 39 consacra un principio, che deve essere applicato, anche quando eccezionalmente l'ipotesi non si verifichi. La via battuta dalla Corte di cassazione involge invece la questione dell'interpretazione dell'art. 1231 del cod. civile. Non manca chi sostiene che nei debiti pecuniari, se per il fatto del ritardo sono sempre dovuti gli interessi legali a titolo di risarcimento di danni, ciò non esclude che il creditore, qualora provi di avere subìto danni maggiori, abbia diritto ad ottenere l'integrale risarcimento secondo i principî generali: così GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 7ª ediz., Firenze 1924, vol. II, pag. 200 e 201. Ma questa interpretazione è generalmente contrastata, ritenendosi che il risarcimento del danno derivato dal ritardo consiste esclusivamente nell'interesse legale: vedi POLACCO, *Obbligazioni*, 2ª ediz., Roma 1915, pag. 141. Altri poi sostiene che nelle materie commerciali l'art. 1231 del cod. civ. non trovi applicazione e che, almeno in questo campo, nel caso di danni subìti dal creditore in misura maggiore di quella che l'interesse legale coprirebbe, a lui spettano gli interessi *compensativi* dal debitore che sia in mora (BOLAFFIO, *Comm.*, vol. II, pag. 261). Si tratta, come si vede, di questione assai controversa. Nel caso poi di rivalutazione della moneta nazionale l'obbligo di pagare la somma dovuta al momento della scadenza dipende dal principio che il creditore ha diritto di beneficiare dell'aumento di valore delle cose che gli spettano al momento della scadenza.

Fra le cose corporali si devono comprendere, non solo quelle che hanno forma e consistenza definita, ma anche quelle che non sono tanto materia, quanto modi di essere della materia, come il calore, la luce e l'elettricità (1); interessante è solo che esse siano percepibili mediante i sensi.

Le cose mobili corporali, in quanto costituiscono oggetti di commercio, si sogliono anche chiamare *merci*. È questo il significato più ampio in cui viene assunta la parola *merce*. In senso più ristretto si sogliono chiamare *merci* i prodotti greggi o manifatturati non destinati alla alimentazione, e si riserva per i prodotti destinati alla alimentazione la denominazione di *derrate* (2). Sotto un altro punto di vista si chiamano *merci* le cose mobili corporali, che hanno un valore in sè, e si dà invece, in contrapposto ad esse, il nome di *titoli di credito* ai documenti rappresentativi di un valore, che sono pure cose mobili corporali, come si vedrà fra breve (3).

Le cose incorporali comprendono, sia quelle cose, che hanno una esistenza puramente giuridica, come i *diritti*, sia quelle cose, che hanno una esistenza anche all'infuori del diritto, ma puramente intellettuale, che esistono cioè solamente come concetti, come categorie astratte. Così, per es., i segni distintivi, considerati non già nelle loro manifestazioni concrete, ma astrattamente. Tutte le cose corporali e incorporali possono formare oggetto dei rapporti di diritto commerciale. Caratteristiche sono, nel campo del diritto commerciale, alcune cose incorporali, come i varî segni distintivi: la *ditta*, l'*insegna*, il *marchio*.

---

(1) Molto disputato si è, in Italia e fuori d'Italia, se l'elettricità sia cosa corporale. Prevalente è da noi l'opinione affermativa. Si veda, tra gli altri, BARASSI, *Sulla natura del contratto di distribuzione dell'energia elettrica*, in *Mon. trib.*, 1900, 321; BONFANTE, *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica*, in *Foro ital.*, 1901, I, 907, e in *Riv. di dir. comm.*, 1904, II, 497; CARNELUTTI, *Studî sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. di dir. comm.*, 1913, I, 354, che considera le energie in generale e quelle umane specialmente. Nella dottrina tedesca la questione fu più controversa, perchè molti scrittori esclusero il concetto di cosa: così, p. es., REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig 1893, I, § 96, nota.

(2) In questo senso la parola *merci* è adoperata negli art. 3, n. 1 e 2, 5, 38, 70, 460 capov., 461, 469, n. 6.

(3) Vedasi, per es., art. 3, n. 1 e 2, 38, 386, 802 e 803.

67. La *ditta* (1) contraddistingue la persona del commerciante. La ditta, nell'àmbito ristretto dell'attività commerciale, ha dunque la stessa funzione che ha il nome civile nell'àmbito più ampio della vita civile. Essa contraddistingue il commerciante come soggetto di diritti.

La necessità di individuare la persona è già sentita vivamente anche nella vita civile e l'importanza di una simile individualizzazione è attestata dalle numerose cautele. con le quali la legge civile circonda la disciplina del nome civile. La legge provvede affinchè a ogni individuo che nasce sia assegnato un nome (art. 374 e segg. del cod. civ.), stabilisce che il figlio legittimo o legittimato assuma il cognome paterno (art. 172, 174 e 175 cod. civ.), che il figlio naturale riconosciuto assuma il cognome del genitore, che lo ha riconosciuto o quello del padre, se è stato riconosciuto da ambedue i genitori (art. 185 cod. civ.); che il figlio adottivo assuma il cognome dell'adottante aggiungendolo al proprio (art. 210 cod. civ.); che la moglie assuma il cognome del marito (art. 131 cod. civ.); che ai figli di genitori ignoti, l'ufficiale dello stato civile imponga un nome e un cognome (art. 377 e 378 codice civ.). Come dice dunque benissimo il FADDA (2): « ciascuno fin dalla sua nascita deve avere un nome e un cognome fisso consegnato nell'atto che della nascita fa fede, e i soli mutamenti, che possono aver luogo, si connettono con un mutamento della condizione civile, sono cioè una conseguenza del riconoscimento della legittimazione, della adozione, del

(1) *Letteratura:* VIDARI, *Corso*, vol. I; VIVANTE, *Trattato*, I, § 18, pag. 162; MARGHIERI-SCIALOJA, *Trattato*, I, pag. 264; NAVARRINI, *Trattato*, IV, n. 1425 e seg.; FRANCHI, *La protezione del nome commerciale*, 1886; AMAR, *Dei nomi dei marchi e degli altri segni*, Torino 1893; *Manuale della proprietà industriale*, Torino 1904; GIANNINI, *Concorrenza sleale*, Napoli 1898; DI FRANCO, *Trattato della concorrenza sleale*, Torino 1906; MAGRI, *Sul concetto giuridico della ditta commerciale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1912, 18 e seg. Si veda anche FERRARA, *Trattato di dir. civ.*, vol. I, pag. 579; THALLER, *Traité élém.*, n. 101; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité* ecc., vol. II, n. 152 e seg.; SUDRE, *Le droit au nom*, Paris 1903; PERREAU, *Le droit au nom en matière civile*, Paris 1910; REIBEL, *Le nom commercial*, Paris 1905; WIELAND, *Handelsrecht*, I, § 17, pag. 173, con ampie citazioni per la dottrina tedesca.

(2) FADDA e BENSA, *Note alle Pandette del Windscheid*, pag. 634.

matrimonio ». Solo come caso eccezionalissimo è ammesso che si possa, per decreto reale, ottenere un mutamento del nome e del cognome (regio decreto sull'ordinamento dello stato civile 15 novembre 1865, art. 119). Il nome e cognome risultano sempre dagli atti dello stato civile, che sono pubblici in quanto sono inseriti nei registri esistenti presso ogni Comune (art. 356 e segg. cod. civ.), i quali per espressa disposizione di legge sono pubblici (art. 362 codice civ.). Tutti i mutamenti recati al nome e cognome, dipendano essi da un mutamento della condizione civile o da una concessione reale, devono essere iscritti negli atti di nascita (articoli 197-382 e 200 cod. civ., per la legittimazione; art. 219 cod. civile per l'adozione) o risultano da atti dello stato civile pubblici a pari degli atti di nascita (così il mutamento di cognome derivante da matrimonio); e i mutamenti di nome e di cognome dipendenti da concessione sovrana risultano pure dall'atto di nascita, in margine del quale devono essere annotati (ordinamento dello stato civile, art. 124).

È naturale che anche nella vita commerciale si senta il bisogno d'individuare la persona, che si dedica al commercio. Direi anzi che, dal punto di vista patrimoniale, questa esigenza ha una maggiore importanza, perchè l'abilità tecnica, la probità, la correttezza sono qualità personali, che nel mondo commerciale acquistano un valore economico non indifferente, in ragione del credito, che ne deriva a chi le possiede. Di qui l'interesse altissimo di ciascun commerciante a individuare in modo sicuro e caratteristico la sua personalità, e di qui la tendenza a rendere il suo nome commerciale quanto più determinato e caratteristico è possibile.

Tuttavia, si deve riconoscere che nel nostro diritto non esiste una disciplina giuridica del nome commerciale distinta da quella del nome civile.

Anzitutto, come soggetto di diritti, il commerciante non si distingue dal privato. Abbiamo veduto che non esiste un patrimonio commerciale distinto dal patrimonio civile, e conseguentemente non esiste una personalità commerciale distinta dalla personalità civile. E poichè il nome contraddistingue appunto il soggetto di diritti, è chiaro che un unico soggetto di diritti non può avere che un unico nome.

D'altro canto, se esiste un sistema di bene ordinata pubblicità per il nome civile, non esiste, nel diritto italiano, un sistema obbligatorio di pubblicità per il nome commerciale.

Tutto ciò significa che, giuridicamente, non vi è un nome commerciale distinto dal civile, e che il nome, con cui il commerciante esercita il commercio, deve corrispondere al suo nome civile, o, per meglio dire, che il commerciante non può esercitare il commercio con un nome diverso dal suo nome civile.

Certo, nulla vieta che il commerciante, per meglio individuarsi nell'esercizio del commercio, aggiunga al suo nome quelle indicazioni, ch'egli ritiene meglio adatte a distinguerlo dagli altri e ad accreditarlo, ma non sarà lecito al commerciante, nè appropriarsi il nome di un altro, nè foggiarsi un nome a suo beneplacito. Le modificazioni, che il commerciante può arrecare al suo nome, devono avere due requisiti per essere legittime: *a*) devono essere tali da non alterare il nome civile; *b*) devono essere conformi a verità. Quindi potrà il commerciante usare come ditta il suo nome civile abbreviato, purchè usi intatto il cognome (per es., potrà sottoscriversi con la sola iniziale del nome). Questa modificazione è consentita dalla legge, poichè, mentre in materia civile è richiesta la sottoscrizione col nome e cognome, in materia commerciale è essenziale solo il cognome (art. 251, 258, 262 e 371 codice di comm.). Egualmente potrà il commerciante aggiungere al suo nome civile quelle qualificazioni, che servano a meglio identificarlo o accreditarlo. Potrà indicare la paternità, potrà indicare che egli è successore a titolo universale o particolare di un altro commerciante, potrà aggiungere al suo nome titoli cavallereschi o nobiliari o accademici o anche la menzione che egli è allievo di una determinata persona, che ha ricoperto determinati ufficî. Tutte queste aggiunte sono permesse, purchè siano vere e non ingenerino confusioni dannose con altre persone.

Ma qui si arresta la tolleranza della legge, per cui, nel nostro diritto, deve ritenersi illegittima, sia la creazione di un nome commerciale arbitrario, sia l'adozione di un nome altrui, che venga sostituito al proprio. So bene che una pratica contraria è invalsa in Italia, e che si vuole parlare di

ditte derivate, che sarebbero quelle acquistate per eredità o per atto tra vivi. Ma questa pratica è illegale, perchè non esiste legalmente in Italia un nome commerciale distinto dal nome civile e il nome civile non è certamente trasmissibile, in quanto contraddistingue il soggetto di diritti, perchè esso nasce, vive e muore con questo.

Dalla ditta, come nome del commerciante, va distinta la ditta come nome dell'azienda. In verità, la espressione *ditta* è non di rado adoperata anche per designare l'azienda, ossia il complesso dei beni destinati al commercio. Si parla allora di una ditta obbiettiva, in contrapposto alla ditta-nome, che sarebbe invece la ditta subiettiva (1). La ditta obiettiva può consistere o in un nome fantastico (per es., Magazzini del Louvre, Caffè Gambrinus, Hôtel del Corso), oppure nell'indicazione dell'oggetto del commercio accompagnato ad un nome di persona, che sarà, di regola, quello del proprietario dell'azienda (Caffè Pedrocchi, Caffè Aragno, Pasticceria Ronzi e Singer). Come contrassegno dell'azienda, la ditta ha una disciplina giuridica tutta diversa, da quella, a cui è soggetta come contrassegno della persona; mentre perciò la ditta subiettiva non può essere ceduta nè trasmessa per eredità e neppure foggiata a capriccio del commerciante, la ditta obiettiva può essere creata, venduta o trasmessa per eredità. Sola condizione, perchè possa essere trasmessa per atto tra vivi o *mortis causa*, è che contemporaneamente sia trasmessa l'azienda; essa è un segno distintivo e come tutti i segni distintivi segue la sorte della cosa contrassegnata.

Ma rimane bene inteso che l'uso di un nome come ditta obiettiva non implica l'uso dello stesso nome come ditta subiettiva, e che il commerciante non può entrare in rapporti

---

(1) MAGRI, *Sul concetto giuridico della ditta commerciale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1912, pag. 18 e seg. La duplice funzione della ditta fu già messa particolarmente in rilievo da MORTARA e AZZARITI, *Comm.*, cit., n. 179. Di tal duplice funzione generalmente non si tiene conto sufficiente nel trattare della ditta, ciò che è causa principale delle dubbiezze e delle oscurità, così frequenti nella trattazione di questa materia. Da tali dubbiezze ed oscurità non è esente neanche la giurisprudenza, vedi, per es.: Cass. del Regno, 24 ottobre 1924, *Foro ital.*, 1925, I, 258; 6 aprile 1925, sentenza 1047 inedita; *Repertorio Foro ital.*, 1925, voce: *Ditta*, n. 7-9.

giuridici coi terzi, se non col nome corrispondente al suo nome civile; esso pertanto non potrà mai servirsi della denominazione dell'azienda, quando sottoscrive le sue obbligazioni ovvero in qualunque forma acquista diritti e doveri giuridici.

La ditta obiettiva, che sotto tutti i punti di vista deve distinguersi dalla ditta subiettiva o ditta-nome, ha invece molti punti di contatto con l'insegna e col marchio.

68. L'*insegna* è il segno distintivo, che contrassegna il negozio, cioè il luogo dove il commerciante esercita il commercio. Essa è formata di parole, di figure o di un complesso di parole e figure unite insieme. In altri tempi le insegne, composte di figure (es., un leone d'oro, una stella d'oro, un cavallo bianco) erano prevalenti; oggi sono invece prevalenti le insegne formate da parole. E per lo più le parole costituenti l'insegna riproducono la ditta obiettiva, ma anche in questo caso l'insegna non va confusa con la ditta obiettiva. Quella infatti ha la funzione di contraddistinguere il locale che è sede dell'azienda, questa contraddistingue l'azienda come complesso patrimoniale; tanto è vero che una stessa azienda, il cui commercio si svolga in locali diversi, può avere, per i diversi locali, insegne differenti. La disciplina giuridica dell'insegna è simile a quella dell'azienda; l'insegna può essere ceduta e trasmessa, ma in ogni caso segue le vicende del negozio, che contraddistingue.

69. Come l'insegna contraddistingue il negozio, così il *marchio* contraddistingue le merci (1). Il marchio consiste in

---

(1) *Letteratura:* VIVANTE, *Trattato*, vol. III, § 68 *bis*, pag. 22 e seg.; MARGHIERI-SCIALOJA, *Trattato*, I, pag. 264; NAVARRINI, *Trattato*, IV, n. 1436 e seg.; BOSIO, *Trattato dei marchi e segni distintivi di fabbrica*, Torino 1904; RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, 2ª ediz., Torino 1927, vol. II; si vedano anche gli autori citati a pag. 444. POUILLET, *Traité des marques de fabrique*, 6ª ediz., Paris 1912; BRUN, *Les marques de fabrique*, 1897; DUNANT, *Traité des marques de fabrique*, 1898; LABORDE, *Traité théorique et pratique des marques de fabrique et de commerce*, 1914; ALLART, *Traité des marques de fabrique*, 1914; KOHLER, *Warenzeichenrecht*, 1910; ADLER, *System des österr. Warenzeichenrechts*, 1908; LASTIG, *Markenrecht und Zeichenregister*, Halle 1890.

un contrassegno apposto alle merci allo scopo di determinarne la provenienza. Non si devono pertanto confondere i *marchi* con le *marche;* quelli stabiliscono la provenienza delle merci, queste la proprietà delle merci. Vi sono due specie principali di *marchi:* i *marchi di fabbrica* e i *marchi di commercio:* i primi contraddistinguono il produttore della merce, i secondi chi ne fa commercio. Delle due specie di marchi è naturalmente di gran lunga più importante il marchio di fabbrica, il quale accompagna le merci dall'origine al consumo, mentre il marchio di commercio può essere soppresso e sostituito da ogni successivo rivenditore.

Il marchio può consistere in qualunque contrassegno, in una figura, in una sigla, e anche nella riproduzione del nome del commerciante, o del nome dell'azienda, o dell'insegna. Ma anche in questi casi la diversa funzione distingue il marchio della ditta subiettiva, dalla ditta obiettiva e dall'insegna. Il marchio può essere acquistato o in modo originario o in modo derivativo: la disciplina giuridica del marchio sarà esposta nella parte speciale, al pari di quella della ditta e dell'insegna.

70. *E) Cose aventi un valore in sè e cose rappresentanti un valore. Le carte-valori o titoli di credito* (1). — Fra le cose

---

(1) *Letteratura:* Bonelli, *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito,* in *Giur. ital.*, 1897, IV, 1, e in *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, 185; *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito,* in *Riv. di dir. comm.*, 1908, I, 513; Bruschettini, *Trattato dei titoli al portatore,* Torino 1898; Navarrini, *Intorno alla natura giuridica dei titoli di credito,* Torino 1898; Bolaffio, *Titoli all'ordine e al portatore,* in *Arch. giur.*, 1896, LVII, 274, e in *Giur. ital.*, 1917, IV, 44 e seg.; Segrè, *Dei titoli obbligatori al portatore,* in *Scritti dedicati a* Schupfer, 1898, e *Sui titoli al portatore,* in *Temi sic.*, 1902; Rocco, *Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito,* in *Arch. giur.*, vol. LXII, 1899, pag. 111 e seg.; Abello, *Natura giuridica delle azioni al portatore,* in *Studi dedicati a* V. Scialoja, 1904; Arcangeli, *Sulla teoria dei titoli di credito, in particolare della cambiale,* in *Riv. di dir. comm.*, 1910, I, 1, 173, 246 e 437; Brunetti, *I titoli di credito nel diritto italiano,* Milano 1910; Wahl, *Traité théorique et pratique des titres au porteur,* Paris 1891; Thaller, *De la nature du titre de crédit,* in *Ann. de droit comm.*, 1906 e 1907; Kuntze, *Die Lehre von den Inhaberpapiere,* 1857; Koch, *Geld u. Werthpapiere;* Unger, *Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere,* 1857; Jacobi, *Die Wertpapiere in bürg. Recht,* Jena 1901; Lehmann, *Zur Theorie der Werthpapiere,* 1891.

corporali, la più gran parte serve direttamente a soddisfare un bisogno, e quindi ha un valore intrinseco, che da questo fatto le deriva. Tuttavia, ve ne sono anche alcune, che non hanno alcun valore intrinseco, ma il cui valore dipende unicamente da ciò, che in esse è incorporato un diritto, in modo che chi ha la cosa ha il diritto. Quando ciò avviene, la cosa, che per sè non avrebbe direttamente valore, acquista valore, in ragione ed in proporzione del diritto, che vi è collegato. Questo caso si verifica appunto per le *carte-valori* o *titoli di credito*.

I titoli di credito sono documenti, a cui è connesso un diritto di credito, in modo che chi ha il documento ha altresì il credito.

È questa una funzione tutta speciale dei documenti. Di solito il documento ha una funzione meramente *probatoria;* esso, cioè, attesta semplicemente l'esistenza di un rapporto giuridico, ma non ha col rapporto giuridico nessuna connessione necessaria: il rapporto esiste di per sè, indipendentemente dal documento, il quale, appunto perchè tende a dimostrarne l'esistenza, lo presuppone. In questo caso il rapporto produce tutti i suoi effetti, anche se il documento manca, purchè sia possibile dimostrarne in altri modi l'esistenza. Ma può darsi il caso che al documento sia riservata una funzione più importante, che esso abbia valore non solamente probatorio, ma *costitutivo*. Può darsi cioè che il documento sia una condizione necessaria per l'esistenza del rapporto giuridico, il che si verifica in tutti i casi, in cui si richieda, per la dichiarazione di volontà, la forma scritta. Allora il rapporto giuridico non sorge, se la volontà non è dichiarata in forma scritta, e quindi non v'è rapporto giuridico, quando manca il documento.

Come si vede, in questo secondo caso, tra il rapporto giuridico e il documento vi è una connessione molto stretta. Tuttavia la connessione non è completa, perchè, se il documento è necessario per la formazione originaria del rapporto giuridico, rapporto e documento rimangono tuttavia due entità distinte, nel senso che una volta costituito il rapporto, questo ha una vita sua indipendente dal documento. È perfettamente possibile, una volta costituito il rapporto, farlo valere, anche se non si ha a propria disposizione il documento,

e avere a propria disposizione il documento non significa nulla se non si è effettivamente, in base alla dichiarazione di volontà da cui originò il rapporto, il soggetto attivo di questo.

Vi sono invece casi, in cui la connessione tra documento e rapporto giuridico è non soltanto originaria, ma permanente. Vi sono cioè casi, in cui, non solo il diritto non sorge se la dichiarazione di volontà, che gli dette origine, non è consacrata in un documento, ma anche successivamente documento e diritto sono compenetrati, in modo che il documento è condizione necessaria e sufficiente per l'attribuzione del diritto. In questo caso chi ha il documento, e solo chi ha il documento, ha il diritto. *I documenti, che hanno la virtù di attribuire un diritto, sono appunto le carte-valori o titoli di credito.* Nei titoli di credito vi ha dunque perfetta incorporazione o connessione fra il documento e il diritto: il diritto, per così dire, si materializza nel titolo, di modo che vi ha completa coincidenza fra *il diritto reale sul titolo e il diritto di credito.* La proprietà del titolo importa perciò proprietà del credito, il possesso del titolo, il semplice esercizio di fatto del credito.

Non staremo qui ad esporre come si spieghi, giuridicamente, tale fenomeno; è argomento questo, di cui diremo nella parte speciale. Ci basti per ora accennare che il tema si connette con quello dei rapporti giuridici e particolarmente con quello delle obbligazioni a elementi indeterminati. È possibilissimo concepire un rapporto giuridico, di cui taluno degli elementi, per es. uno dei soggetti, sia indeterminato, a patto però che sia determinabile, vale a dire che siano forniti gli elementi per la sua futura determinazione. Ora, nei titoli di credito, si ha appunto un rapporto obbligatorio, il cui soggetto attivo (creditore) è originariamente indeterminato, e si determina nella persona di colui, che diventa proprietario del documento. Si tratta dunque di una determinazione non individuale, ma derivante dall'acquisto di una certa qualità giuridica, ossia della qualità di proprietario del titolo. È dunque la proprietà del titolo, che determina l'acquisto del diritto di credito: proprietario del titolo e titolare del credito sono due qualità inscindibilmente connesse. Da questa premessa, che il rapporto obbligatorio derivante da un titolo di credito

è un rapporto a soggetto attivo determinato indirettamente, e quindi individualmente indeterminato, deriva di necessità la conseguenza che il negozio giuridico, da cui originò il rapporto, non è un contratto, ma un negozio giuridico unilaterale. Non è concepibile infatti un contratto con una persona indeterminata: il contratto è l'incontro di due concrete dichiarazioni di volontà, e per la formazione di esso occorrono sempre due persone individualmente determinate. È possibile invece, con una dichiarazione unilaterale di volontà, assumere una obbligazione verso una persona indeterminata individualmente, ma determinabile (per es., promessa per pubblici proclami), ed è quindi possibilissima una dichiarazione di volontà, con cui ci si obblighi non verso Tizio o Caio, persone singolarmente determinate, ma verso il proprietario d'un documento, chiunque possa essere.

Rimane così perfettamente spiegata la inscindibile connessione fra il documento e il diritto. Essa dipende appunto da ciò, che il debitore si obbligò semplicemente verso il proprietario del documento.

Questa connessione produce incalcolabili vantaggi pratici. In virtù di essa il credito si materializza e si trasmette colla stessa facilità, con cui si trasmette una cosa mobile. Il documento infatti non è che una cosa mobile corporale, e, poichè essa ha virtù di rappresentare il diritto, basta trasmettere il documento per trasmettere il diritto. Inoltre, poichè il diritto segue le sorti del documento, giuridicamente, nella trasmissione del documento non vi ha vera trasmissione del diritto. Dal punto di vista giuridico il diritto non è trasmesso, ma è acquistato, volta per volta, originariamente, in virtù dell'acquisto del titolo. Chi acquista il titolo non acquista dal suo dante causa il diritto, ma la condizione per acquistare il diritto, così come, in altro campo, chi acquista un fondo non si accolla per trasmissione da parte del venditore l'onere delle imposte, ma diventa debitore delle imposte in quanto ha acquistato il fondo. Questa situazione conduce a una conseguenza pratica di capitale importanza, la quale ci dà ragione dei vantaggi che presentano i titoli di credito e della loro conseguente diffusione. Deriva, cioè, da tale situazione l'effetto che non si applica a questa particolare trasmissione di diritto

il principio di logica giuridica, che regola tutte le trasmissioni di diritti, il principio cioè: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat.* Nell'acquisto, infatti, di un titolo di credito non si ha vera trasmissione, cioè acquisto derivato, ma acquisto originario del diritto di credito. La posizione dunque del creditore, in base a un titolo di credito, è la posizione di un creditore originario, ossia avente un diritto proprio ed autonomo, immune dalle eccezioni personali, che si potevano opporre all'antecedente creditore.

Vi sono varie specie di titoli di credito: le più importanti distinzioni sono quelle che prendono a base la natura del credito, e il modo di trasmissione dei titoli.

Secondo la diversa natura del credito incorporato nel titolo, si distinguono:

a) titoli che dànno diritto al pagamento di una somma di danaro, che contengono cioè un credito di danaro. Così la cambiale, i biglietti di banca, gli *chèques*, le cartelle fondiarie, le obbligazioni emesse dalle società, dalle provincie e dai Comuni, i titoli del debito pubblico, ecc.;

b) titoli che dànno diritto alla prestazione di un servizio; per es., i biglietti ferroviarî, che dànno diritto al trasporto per ferrovia, i biglietti di tram, di teatro, i biglietti d'ingresso a una esposizione, ecc.;

c) titoli che dànno diritto alla consegna d'una cosa; essi dipendono per lo più da un contratto, in cui è implicita la consegna di una cosa e la sua successiva restituzione. Così gli scontrini di deposito dei bagagli, gli scontrini dei guardaroba pubblici e tutti i così detti *titoli di disposizione*, derivanti da contratti in cui è implicita la restituzione d'una cosa consegnata. Così le fedi di deposito nei magazzini generali (ricevute rilasciate dai magazzini), così le polizze di carico (ricevute delle merci caricate sulla nave), così le lettere di vettura (ricevute delle cose trasportate rilasciate dal vettore). Questi titoli di disposizione sono veri titoli di credito, perchè il diritto alla consegna di una cosa, che essi attribuiscono, deriva da un contratto e non è il generale diritto di rivendicazione spettante al proprietario;

d) titoli che attribuiscono la qualità di socio. Sono gli unici titoli che non attribuiscono veramente un diritto di

credito, ma un diritto più complesso e di natura diversa, il diritto cioè spettante ad ogni membro di una associazione verso la associazione (*diritto corporativo* o *associativo*). A questa categoria di titoli appartengono le azioni delle società commerciali.

Sotto il punto di vista del modo, con cui possono venire trasmessi, i titoli di credito si distinguono in:

a) *Titoli nominativi*. Sono titoli, per la cui trasmissione occorre una formalità abbastanza complessa, che si chiama *transfert*. Questa formalità consiste nella annotazione del trapasso fatta nei registri del debitore. È necessario osservare che tale annotazione non ha nulla di comune colla intimazione necessaria alla cessione dei crediti (art. 1539 codice civile), perchè il trapasso del titolo nominativo non implica cessione del credito, in quanto non è vera trasmissione del credito, ma solo trasmissione del titolo, in base alla quale ha luogo l'acquisto originario del credito. Vi sono molti titoli nominativi; di solito gli stessi titoli possono assumere ora la forma nominativa ora altre forme (per es.: i titoli del debito pubblico, che possono essere nominativi e al portatore, le azioni delle società commerciali, che possono pure essere nominative e al portatore): ma vi sono, anche, eccezionalmente, titoli, i quali non possono essere che nominativi (le azioni delle società commerciali non ancora completamente liberate: articolo 166 cod. di commercio);

b) *Titoli all'ordine*. Sono titoli, per il cui trasferimento occorre una formalità un po' meno complessa, che si chiama *girata*. La girata è la dichiarazione di volere trasmettere il titolo, che deve essere scritta sullo stesso titolo. Vi sono titoli che possono assumere tanto la forma di titoli all'ordine, quanto la forma di titoli nominativi o al portatore (per es.: lo *chèque* può essere all'ordine o al portatore: art. 340 codice di commercio; la lettera di vettura può essere nominativa, all'ordine o al portatore; così la polizza di carico). Vi sono invece titoli i quali devono essere necessariamente all'ordine, per esempio: la cambiale, gli assegni circolari (1);

---

(1) Il regolamento degli assegni circolari è contenuto nel regio decreto-legge 7 ottobre 1923, n. 2283, il quale diede una precisa disciplina giuridica

c) *Titoli al portatore.* Sono titoli, per la cui trasmissione è sufficiente la tradizione manuale. Questa forma di trasmissione di regola concorre con una o più delle altre due forme: vi sono titoli che possono essere indifferentemente nominativi, all'ordine o al portatore (la lettera di vettura); ma più spesso i titoli possono essere nominativi o al portatore (per es.: la rendita pubblica, le azioni delle società commerciali); più raramente possono essere all'ordine o al portatore (per es.: lo *chèque*).

Si deve notare a questo proposito che il *transfert*, la girata, la tradizione manuale non operano il trasferimento della proprietà del titolo, ma semplicemente del possesso. Anzi per il *transfert* e la girata sarebbe da dubitare se essi non debbano considerarsi più come forme, che debbano accompagnare la trasmissione del possesso, che come causa efficiente del trasferimento del possesso (1). Certo è ad ogni modo che il trasferimento della proprietà è indipendente dal trasferimento del possesso qui come dovunque; e che per i titoli di credito, come per tutte le cose, vi può essere proprietà senza possesso e possesso senza proprietà. Il trasferimento della proprietà non dipende dal trasferimento del possesso, ma dal fatto che esiste un titolo valido, abile a trasferire il dominio. Dall'esistenza di questo titolo si deve decidere se il possessore del

---

a questo titolo di credito, che ha una importantissima funzione per la trasmissione del danaro da una piazza ad un'altra e che precedentemente mancava di norme proprie.

(1) La necessità dell'annotazione del trapasso non è quindi un argomento per escludere i titoli nominativi dalla categoria dei titoli circolanti in commercio, come sostiene Bolaffio, *Comm.*, pag. 473, nota 2. In questo senso anche Marghieri, *Titoli e operazioni di credito*, Torino 1921, pag. 12, nota 1, il quale opina che sia la clausola nominativa in sè stessa, sia la formalità della registrazione del trapasso vietino che il titolo acquisti una vera e propria attitudine alla circolazione. La dottrina dominante, invece, comprende nella teoria generale dei titoli di credito anche i titoli nominativi, tenendo conto della inscindibile connessione che vi è per questi titoli, come per quelli all'ordine e al portatore, fra il documento e il diritto di credito. Questa connessione risulta in un certo senso anche più accentuata dalle norme per agevolare la trasmissione e la conversione dei titoli nominativi recentemente dettate col regio decreto-legge 7 giugno 1923, n. 1364.

documento sia anche proprietario di esso. È da tener presente però che ai titoli di credito si applica il principio, che vale per tutte le cose mobili, scritto nell'art. 707 codice civile, per cui, di fronte ai terzi di buona fede, il possesso produce gli stessi effetti del titolo. Ciò importa che chi acquista in buona fede il possesso d'una cosa mobile diventa proprietario, anche se acquista *a non domino*. Questo principio modifica profondamente, rispetto alle cose mobili, il principio che l'acquisto delle proprietà è indipendente dal possesso e dipende dal titolo, perchè, rispetto all'acquirente di buona fede, possesso e proprietà coincidono. Tutto ciò si applica anche ai titoli di credito e perciò anche chi acquista in buona fede il possesso d'un titolo di credito, sana i vizi del titolo in base a cui l'ha acquistato, e diventa proprietario. Questo principio rappresenta un ulteriore presidio, che rafforza la posizione dell'acquirente del titolo e che rende più sicura la circolazione. Il principio che chi acquista la proprietà di un titolo di credito acquista in modo originario il diritto di credito, e il principio che il possesso, in buona fede acquistato, di un titolo di credito equivale a proprietà, si cumulano e si sorreggono a vicenda. Chi acquista in buona fede il possesso di un titolo di credito può dunque, da un canto, respingere le pretese di rivendicazione del proprietario, in virtù del principio: possesso vale titolo, e d'altro canto presentarsi al debitore come l'unico creditore e come creditore con diritto proprio ed autonomo, perchè derivante non da una trasmissione viziata, ma dal fatto che egli si presenta come proprietario del titolo.

Capitolo III.

Nascita, modificazione, estinzione dei rapporti del diritto commerciale. I fatti giuridici commerciali.

§ 20. Considerazioni generali.

Sommario: 71. Considerazioni generali. Particolarità della disciplina dei fatti giuridici in materia commerciale.

71. I rapporti giuridici, dicemmo, nascono, si modificano, si estinguono, in seguito al verificarsi di un fatto, che si chiama fatto giuridico (1). I fatti, che dànno luogo alla creazione, alla modificazione o alla estinzione di un rapporto giuridico commerciale, possono chiamarsi « fatti giuridici commerciali ».

Non esiste una teoria autonoma dei fatti giuridici commerciali in generale. Il carattere frammentario del diritto commerciale si rileva qui più manifestamente che altrove. Le norme di carattere generale, che derogano in materia commerciale alle disposizioni del diritto civile sugli atti e sui fatti giuridici, sono ben scarse. E dalla disciplina particolare, che il diritto commerciale contiene di singoli fatti e specialmente atti giuridici, difficilmente si riesce a ricostruire una organica dottrina generale. Noi ci limiteremo pertanto a toccare quei singoli punti della teoria dei fatti giuridici, in cui il diritto commerciale presenta particolarità rilevanti, od

---

(1) *Letteratura:* Sulla dottrina generale di fatti giuridici si possono consultare le opere generali: Gianturco, *Sistema*, § 49; Chironi e Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, pag. 351 e seg.; Coviello, *Manuale di diritto civile*, § 97; De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, § 24; Windscheid, *Pandette*, I, § 67 e 68; Regelsberger, *Pandette*, I, § 129; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, vol. II, Tubinga 1898, § 20; Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1888-1889, pag. 152 e seguenti.

offre particolare interesse per le applicazioni più importanti, che se ne fanno in materia commerciale.

È noto che i fatti giuridici si distinguono in:

A) *Fatti dell'uomo: fatti cioè dipendenti dalla volontà umana*, i quali alla loro volta si suddistinguono in:

a) *fatti leciti*, cioè fatti dell'uomo diretti ad uno scopo riconosciuto dal diritto. I fatti leciti si sottodistinguono ancora in:

α) *negozî giuridici*, che sono dichiarazioni di volontà, a cui la legge riconnette effetti giuridici;

β) *azioni umane*, che producono uno stato di fatto, a cui la legge riconnette effetti giuridici: così le costruzioni, le piantagioni, le derivazioni d'acqua.

In questa ultima categoria di fatti giuridici si possono collocare gli stati di fatto, che dànno luogo a quegli effetti giuridici, che vanno sotto il nome di *prescrizione*, perchè nella prescrizione appunto, come in seguito vedremo, un contegno negativo (non uso di un diritto) o positivo (godimento di fatto di un diritto), prolungato per un certo tempo, produce rispettivamente la perdita o l'acquisto del diritto;

b) *fatti illeciti*, cioè fatti dell'uomo diretti ad uno scopo riprovato dal diritto e che il diritto vieta; perciò quando essi sono commessi dànno luogo a conseguenze giuridiche dannose per chi li ha compiuti, vale a dire a una *responsabilità*.

B) *Fatti indipendenti dalla volontà dell'uomo*, *ossia fatti della natura esteriore*, come la nascita, la morte, la grandine, il naufragio, la perdita fortuita d'una cosa, l'alluvione, ecc.

In materia commerciale la disciplina dei fatti giuridici presenta particolarità di qualche interesse specialmente rispetto ai negozî giuridici e rispetto alla prescrizione.

Sezione I. — *I negozî giuridici commerciali* (1).

§ 21. Forma dei negozî giuridici commerciali.

Sommario: 72. Considerazioni generali. Il principio della libertà della forma e le eccezioni. — 73. Negozî assolutamente formali: la compera e la vendita di beni immobili, il contratto di arruolamento; negozî relativamente formali: le cambiali, il contratto di prestito a cambio marittimo, i contratti differenziali di borsa, gli atti costitutivi delle società commerciali. — 74. Altri negozî giuridici per i quali il codice di commercio prescrive la forma scritta. Effetti che derivano dalla inosservanza della forma. — 75. Gli atti indicati nell'art. 1314 del codice civile; se e per quali di essi la forma scritta sia necessaria a pena di nullità. — 76. Negozî formali per volontà delle parti.

72. La forma dei negozî giuridici non è il mezzo effettivamente scelto dal dichiarante per la dichiarazione di volontà, perchè sotto questo punto di vista tutti i negozî giuridici sarebbero formali. Forma è invece il mezzo prescritto dalla legge per la dichiarazione di volontà in un determinato caso. Vi sono infatti casi in cui la legge lascia libertà di scelta circa il mezzo per manifestare la volontà e casi in cui la legge prestabilisce questo mezzo: nella prima ipotesi il negozio giuridico è a forma libera o *non formale*, nella seconda il negozio giuridico è a forma non libera o *formale* (2).

---

(1) *Letteratura:* Sulla teoria generale dei negozi giuridici: Chironi e Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, pagina 369; Coviello, *Manuale di diritto civile*; De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, § 25; Scialoja V., *Responsabilità e volontà nei negozi giuridicio*, Roma 1885; Fadda, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli 1909; Segrè, *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e il nuovo diritto germanico*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1900; Scialoja Antonio, in *Studi di diritto privato*, Roma 1906, pag. 3; Isay, *Die Willenserklärungen*, in *Thatbestande des Rechtsgeschäfts*, 1899; Margigke, *Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte*, 1901; *Willenserklärung und Rechtsgeschäft*, 1907; Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1889; Kindel, *Das Rechtgeschäft und sein Rechtsgrund*.

(2) *Letteratura:* Vivante, *Trattato*, IV, § 116, pag. 66 e seg.; Navarrini, *Trattato*, vol. II, pag. 197 e seg.; Rocco, in *Riv. di dir. comm.*,

La regola generale, già nel diritto civile, è la libertà delle forme. Nel diritto moderno, riconosciuta come principio generale l'autonomia della volontà privata, ossia la regola che la dichiarazione privata di volontà, quando sia diretta ad uno scopo lecito, vincola giuridicamente il dichiarante, senza che occorra una determinazione preventiva dello scopo da parte del diritto, ne è venuta come conseguenza logica anche l'ammissione di una assoluta libertà di scelta nei mezzi per la manifestazione della volontà. Il progresso della coltura, il moltiplicarsi dei rapporti economici, la sicurezza nella realizzazione del diritto derivata dal consolidamento della autorità dello Stato e della giustizia statuale, sono tutti fattori che hanno validamente cooperato alla graduale conquista della libertà delle forme. Anche in materia civile esiste un principio generale di diritto, per cui la volontà può essere dichiarata in qualunque modo. Di fronte a questo principio occorre un testo preciso di legge, che imponga in un caso particolare una determinata forma, perchè si abbia un negozio formale. Tali casi sono per il diritto civile relativamente numerosi, ma sempre eccezionali e quindi di stretta interpretazione.

In materia commerciale nessun dubbio che valga lo stesso principio, anzi il principio della libertà delle forme ha in materia commerciale un più largo fondamento economico, e quindi anche una applicazione giuridica più vasta. Nei rapporti commerciali invero la semplicità delle forme, da un canto, è richiesta con più imperiosa esigenza dalla rapidità, con cui si svolgono e si intrecciano le relazioni economiche, dall'altro è facilitata dal maggior grado di coltura, dalle abitudini di correttezza e di fiducia reciproca, che sono largamente diffuse nel mondo commerciale, e costituiscono

---

1903, II, 19; Coppa-Zuccari, in *Foro it.*, 1900, I, 11, 29; sulla forma dei negozî giuridici, in generale: Windscheid, *Pandette*, I, § 72; Casimo, *Saggio sulla forma degli atti giuridici in materia civile e commerciale*, in *Arch. giur.*, 1896, 423; Ferrarini, *La forma degli atti giuridici*, Modena 1898; Loewe, *Die Form der Rechtsgeschäfte*, 1899; Völderndorff, *Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechte*, 1857; Frei, *Zur Lehre von der Form der Rechtsgeschäfte*, 1906; Franz, *Die formbedurftigen Rechtsgeschäfte des Reichsprivatrechts*, Leipzig 1907.

una vera necessità di vita per lo sviluppo del commercio. Le eccezioni, pertanto, che il diritto commerciale ammette alla regola della libertà delle forme, sono limitatissime.

Come nel diritto civile, così anche nel diritto commerciale due sono le forme abitualmente richieste: la *scrittura privata* e l'*atto pubblico*, nel quale la dichiarazione di volontà è raccolta e scritta da un pubblico ufficiale. Una formalità particolare, che ha invece più largo campo di applicazione in materia commerciale, è l'apposizione del *bollo* sul documento contenente la scrittura.

Vi sono in diritto commerciale, così come in diritto civile, due specie di negozî formali, secondo la natura delle conseguenze giuridiche, che la legge riconnette all'inosservanza della forma. Infatti talune volte accade che la legge prescriva una forma determinata sotto *pena di nullità:* dichiari cioè non efficace giuridicamente la volontà manifestata in forma diversa. Invece altre volte la legge non dichiara totalmente inefficace la dichiarazione di volontà, ma riconnette alla dichiarazione di volontà non espressa nella forma voluta effetti giuridici minori che alla dichiarazione di volontà manifestata nella forma di legge. In ambedue i casi l'inosservanza della forma si ripercuote sull'efficacia giuridica del negozio, tranne che nel primo l'inefficacia è totale, nel secondo è parziale.

73. I negozî giuridici formali in materia commerciale non sono più di sei. Di questi soltanto due sono *assolutamente formali*, e cioè:

1° le *compere e le vendite di beni immobili*, per l'art. 44, ultimo capov., cod. di comm., il quale richiama espressamente, per la materia commerciale, la disposizione dell'art. 1314 codice civile, che richiede la scrittura sotto pena di nullità;

2° il *contratto di arruolamento*, che è il contratto di locazione d'opera dell'equipaggio di una nave; per l'art. 522 codice di commercio il contratto di arruolamento deve essere fatto per iscritto davanti all'amministratore locale di marina nel regno, e dell'ufficiale consolare in paese estero, sotto pena di nullità. Qui dunque non è richiesta soltanto la scrittura, ma addirittura un atto pubblico. La ragione di questa particolare esigenza della legge sta, da un canto, nel desiderio di

tutelare la gente di mare, e dall'altro nella necessità di documentare in modo indubbio un negozio giuridico, a cui si ricollegano importanti effetti anche di diritto pubblico, per i particolari obblighi di disciplina che incombono all'equipaggio d'una nave.

Sono invece *relativamente formali*, vale a dire non completamente inefficaci, quando manchino della forma richiesta, ma meno efficaci, i seguenti negozi:

1° la *cambiale* (art. 251 e 254 codice di commercio), la quale deve essere fatta per iscritto, deve essere fornita di bollo e deve inoltre contenere certe indicazioni determinate dalla legge. Sotto un certo aspetto il formalismo nella cambiale è rigorosissimo, perchè non solo è prescritta la scrittura, ma è determinato *a priori* anche il contenuto della scrittura. La sanzione però della inosservanza delle forme non è la completa inefficacia del negozio, ma la sua inefficacia come cambiale, ossia come negozio producente i particolari effetti giuridici inerenti alla cambiale. Permangono in ogni caso i consueti effetti proprî d'ogni negozio giuridico;

2° il *contratto di prestito a cambio marittimo*, che è un mutuo a interesse di natura speciale, in cui il mutuante viene rimborsato sulle cose che a questo scopo vengono designate (nave, nolo o carico o parte della nave, del nolo o del carico) a condizione che la nave e il suo carico arrivino salvi in porto. Esso deve essere fatto per iscritto (art. 590), altrimenti si risolve in mutuo semplice e non produce che gli interessi legali;

3° i *contratti di borsa detti differenziali*, in cui cioè le parti speculano sulla differenza tra il valore che ha oggi un titolo e quello che avrà dopo un certo termine. Questi contratti, per le leggi 14 giugno 1874 e 13 settembre 1876, dovevano essere fatti per iscritto sopra foglietti appositamente bollati e posti in vendita dall'amministrazione finanziaria, altrimenti, al pari degli ordinari contratti di giuoco e di scommessa, non producevano per il creditore il diritto di agire in giudizio, davano cioè luogo ad una semplice eccezione e non ad un'azione. Diversa è la disciplina di questi contratti secondo la successiva legge 20 marzo 1913, n. 272, sull'ordinamento delle borse, e la legge sulle tasse sui contratti di

borsa, approvata con regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3278. La mancanza della forma prescritta non rende ora nullo il contratto, nè lo priva completamente di tutti i suoi effetti giuridici, ma limita questi temporaneamente, in quanto che rimane sospesa l'azione in giudizio, fino a che non sia stata corrisposta la tassa con la relativa ammenda (art. 51 della legge del 1913 e art. 19 della legge del 1923): fornita la prova del pagamento, l'azione giudiziaria diventa procedibile (1);

4° gli *atti costitutivi delle società commerciali*. Le società commerciali, se sono in nome collettivo o in accomandita semplice, debbono essere costituite per iscritto e la scrittura deve contenere alcune determinate indicazioni stabilite dalla legge, e deve essere inoltre depositata per estratto nella cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione è stabilita la sede della società, per essere trascritta ed affissa nei modi indicati dall'art. 90 (art. 87, 88, 90 codice di comm.). L'atto costitutivo delle società in accomandita ed anonime deve essere fatto per atto pubblico, cioè ricevuto da notaio, deve contenere alcune specifiche indicazioni, deve essere depositato integralmente nella cancelleria del tribunale, per essere, dopo un decreto di autorizzazione del tribunale stesso, trascritto ed affisso nei modi indicati dall'art. 90 (art. 87, 89, 91 codice di comm.). La mancanza di tali formalità non produce la nullità totale dell'atto costitutivo, ma ne diminuisce l'efficacia, specialmente perchè rende la società in nome collettivo e in accomandita semplice irregolarmente costituita risolubile a semplice richiesta di un socio, e permette ai sottoscrittori di azioni nelle società in accomandita per azioni e anonime di liberarsi dalla obbligazione assunta. Secondo una opinione molto autorevole poi il mancato adempimento delle formalità impedirebbe alle società anche l'acquisto della personalità giuridica.

74. Oltre questi varî negozî indubbiamente formali, ve ne sono altri, su cui può cadere dubbio.

---

(1) Cfr. App. Genova, 7 luglio 1916 (*Foro ital.*, 1916, 1391); Appello Milano, 6 marzo 1923 (*Mon. trib.*, 1923, 627). Si consulti anche Cassazione Firenze, 13 gennaio 1923 (*Dir. comm.*, 1923, 180).

Un primo gruppo di casi è dato da tutti quegli atti, di cui il codice di commercio dice che debbono essere fatti per iscritto, senza aggiungere però alcuna specifica sanzione, per il caso che tale formalità non sia stata adempiuta. Tali atti sono numerosi. Così il contratto di assicurazione (articolo 420 codice di commercio), il contratto di pegno (articolo 454 cod. di comm.), il contratto di costruzione di navi (art. 481 codice di commercio), il contratto di pegno sulla nave (art. 485 codice di commercio), il contratto di noleggio (art. 547). Può quindi nascere dubbio circa gli effetti della inosservanza della norma legislativa, che prescrive la scrittura. Deve in questi casi la scrittura considerarsi come un elemento essenziale del contratto e quindi, mancando la scrittura, si deve il contratto considerare totalmente o parzialmente inefficace? Il dubbio è risolto testualmente dall'art. 53 del codice di commercio, il quale stabilisce che, quando il codice di commercio richiede la prova per iscritto, non può ammettersi la prova per testimoni, se non nei casi, in cui questa è permessa secondo il codice civile. Ciò significa che la mancanza di scrittura produce semplicemente l'effetto di restringere i mezzi di prova, e precisamente di escludere l'ammissibilità della prova testimoniale. Vedremo in seguito che la legge commerciale (art. 44), derogando alle disposizioni restrittive dell'art. 1341 del codice civile, permette al giudice, in materia commerciale, di far luogo alla prova per testimoni di tutti i casi. Orbene, questa disposizione liberale del codice di commercio trova una limitazione nei casi, in cui la legge commerciale prescrive la scrittura senza aggiungere alcuna specifica sanzione. La sanzione generale dunque della inosservanza di queste norme è il ritorno alle disposizioni restrittive del codice civile, cioè la esclusione della prova testimoniale.

È evidente che una simile sanzione non rende formali questi negozî. La esclusione della prova testimoniale, invero, influisce sulla prova e non sulla efficacia del negozio. La prova ne diventerà certo più difficile, ma sarà pur sempre possibile, adoperando quegli altri mezzi, che, all'infuori dei testimoni, sono ammessi dalla nostra legislazione, per convincere il giudice dell'esistenza di un fatto giuridica-

mente rilevante: così la confessione, l'interrogatorio, il giuramento (non le presunzioni semplici o indizî, che sono esclusi tutte le volte che è esclusa la prova testimoniale: art. 1354 codice civile).

75. Meno semplice si presenta la questione in un altro gruppo di casi, vale a dire per tutti quegli atti, che, secondo l'art. 1314 del codice civile, debbono essere fatti per iscritto a pena di nullità. Questi atti, che in materia civile debbono considerarsi indubbiamente formali, sono:

1° le convenzioni, che trasferiscono la proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato;

2° le convenzioni, che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto;

3° gli atti di rinunzia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti;

4° i contratti di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni;

5° i contratti di società, che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni;

6° gli atti, che costituiscono rendite sì perpetue che vitalizie;

7° le transazioni;

8° gli altri atti specialmente indicati dalla legge.

Di tutte queste categorie di atti il codice di commercio non considera che una sola, vale a dire le compere e le vendite di beni immobili, per le quali, secondo la disposizione dell'art. 44, ultimo capoverso, del codice di commercio, « rimane ferma la disposizione dell'art. 1314 del codice civile ». Quindi le compere e le vendite di beni immobili sono indubbiamente negozî formali anche in materia commerciale, e come tali noi le abbiamo considerate più sopra.

Ma che cosa dovrà dirsi degli altri atti enumerati nell'art. 1314 codice civile, e che il codice di commercio non ricorda? Devono essi venir considerati come formali anche in materia commerciale e deve quindi, anche in materia di

commercio, trovare applicazione l'art. 1314 codice civile? La questione, è controversa, ma noi riteniamo che la soluzione più corretta sia la negativa, riteniamo cioè che l'art. 1314 non sia applicabile in materia commerciale, se non in quanto la legge commerciale vi abbia fatto richiamo, e cioè per le sole compere e vendite d'immobili.

Sta a favore della nostra opinione un argomento assai semplice, ma perentorio. Esiste un principio generale, che si desume da tutto il sistema della legge, per cui la dichiarazione privata di volontà può avvenire in qualunque forma. Questo principio generale, che sancisce la libertà delle forme come regola, non è scritto in nessun articolo di legge, ma si desume da tutto il sistema e dalla storia del diritto positivo vigente. Di fronte a questo principio generale, è fuori di dubbio che occorre una disposizione apposita di legge, perchè si richieda una forma determinata ed un negozio giuridico sia da considerare formale. Ma il principio generale della libertà delle forme, se esiste in materia civile, a più forte ragione esiste in materia commerciale: anzi, poichè una delle caratteristiche del diritto commerciale è il suo antiformalismo, il principio della libertà delle forme è in modo particolare da considerarsi come un principio di diritto commerciale. Di fronte a questo principio generale il silenzio del codice di commercio è estremamente significativo. Tale silenzio non è una lacuna da colmarsi col codice civile, ma è una disposizione implicita, che suona esclusione di ogni formalità.

Abbiamo veduto parlando della interpretazione (§ 12) che non tutti i silenzi del diritto commerciale sono lacune, ma che occorre distinguere fra silenzi e silenzi, e ammettere la esistenza di una lacuna, che dà luogo all'applicazione del diritto civile, solo nei casi, in cui l'interpretazione analogica e la ricerca dei principî generali che ne consegue non abbiano consentito di mettere in evidenza una norma o un principio di diritto commerciale implicitamente sancito. Nel nostro caso, pertanto, il silenzio della legge commerciale non è lacuna da colmarsi col diritto civile, ma è semplicemente un richiamo tacito, ma indubitabile, al principio generale della libertà delle forme. Il ricorso all'art. 1314 del codice civile è dunque assolutamente fuori luogo, perchè in tutti i casi

in cui il codice di commercio non abbia altrimenti disposto, vale la regola generale della libertà delle forme. Del resto è molto significativo il fatto che il codice di commercio ha bensì tenuto presente l'art. 1314 del codice civile, ma per richiamare uno solo degli atti considerati da esso come formali, cioè la compravendita di beni immobili. Se dunque la legge commerciale si richiama al diritto civile, ma vi si richiama limitatamente, questo limitato richiamo dovette essere cosciente e non può considerarsi come una lacuna, vale a dire come una dimenticanza. Questa opinione è contrastata solo da pochi, con argomenti che non resistono alla critica (1).

Si dice anzitutto che il codice di commercio dispone unicamente per la compera e vendita di beni immobili, tacendo completamente degli altri contratti enumerati dall'art. 1314 codice civile; ora in virtù dell'art. 1° cod. di commercio, nel silenzio della legge commerciale si applica il diritto civile e nel caso specifico l'art. 1314. Abbiamo veduto già quanto sia fallace questo argomento, per cui ogni silenzio della legge commerciale viene considerato come una lacuna da colmarsi col diritto civile. Così ragionando si viene completamente ad escludere dal campo del diritto commerciale l'interpretazione analogica e la ricerca dei principî generali, tutta riducendo l'interpretazione ad una gretta e pedestre esegesi. Abbiamo già confutato questa dottrina, di cui si fa appunto in questa materia una delle più infelici applicazioni. Non è affatto vero che non possa esservi norma di diritto commerciale all'infuori di una disposizione espressa; al contrario, perchè anche il diritto commerciale deve, come gli altri rami del diritto, interpretarsi col sussidio di tutti gli elementi dell'interpretazione, quello letterale e logico non meno che l'analogia. E solo quando abbiamo esaurito inutilmente l'uso di tutti gli elementi dell'interpretazione possiamo dire di trovarci di fronte ad una vera lacuna e si deve fare ricorso al diritto civile (2).

---

(1) Manara, *Atti di commercio*, Torino 1887, pag. 211 e seg.; Giorgi, *Obbligazioni* (7ª ediz.), III, n. 244 e 245, pag. 221; Parodi, in *Giur. ital.*, 1903, I, 1, 405.

(2) Vedasi *retro*, § 12.

Si afferma poi che il silenzio dell'art. 44 circa la forma dei negozi commerciali non ha alcun significato, perchè questo articolo contiene disposizioni intorno alla prova in materia commerciale e solo nell'ultimo capoverso, con un evidente errore di metodo, cambia argomento e viene ad occuparsi della forma. Ma, si aggiunge, per la separazione che c'è fra l'istituto della forma e l'istituto della prova, il principio della libertà della prova sancito dall'art. 44 non implica affatto anche il principio della libertà delle forme. Rispondiamo che la inapplicabilità dell'art. 1314 in materia commerciale si desume non già dal fatto che l'art. 44 ha sancito la libertà delle prove, ma appunto dal silenzio della legge commerciale circa le forme degli atti contemplati nell'art. 1314, silenzio che di per sè, e indipendentemente da ciò che la legge stabilisce circa la prova, implica il riconoscimento della libertà delle forme. Del resto, è certo che dal principio della libertà della prova esplicitamente sancito dall'articolo 44 si può desumere un nuovo argomento a favore della nostra tesi. Se infatti la legge dice che in materia commerciale la prova è libera, evidentemente essa presuppone che anche la forma sia libera, perchè l'osservanza della forma ha tratto alla validità giuridica del negozio e non si può provare, se non ciò che giuridicamente esiste. Il principio della separazione fra l'istituto della forma e quello della prova, così come è affermato dai nostri contradditori, non è vero. Forma e prova sono due istituti distinti, giacchè la forma è un requisito della validità e dell'efficacia giuridica del negozio, mentre la prova riguarda la dimostrazione che si fa al giudice di un negozio giuridico esistente e valido. Ma distinzione non è separazione; al contrario tra la forma e la prova vi sono punti di contatto e di influenza reciproca. Anzitutto nei negozi formali la forma adempie a una duplice funzione, costituisce il diritto e serve a provarlo: così nei negozi per cui è richiesta la scrittura, se si esibisce l'atto scritto, con cui il negozio è stato stipulato, non solo si dimostra l'osservanza della forma, che è necessaria per l'esistenza del negozio, ma si fornisce anche la prova di questo. In secondo luogo, poichè ciò che non si può provare in alcun modo, non può produrre praticamente effetti giuridici, è evidente che l'ammissione di alcuni mezzi di prova

determinati ad esclusione di altri, quando si tratta di prove precostituite, come per es. la scrittura, avvicina il negozio, di cui viene limitata la prova, a un negozio formale, e, se il mezzo di prova ammesso è uno solo, la limitazione della prova equivale alla imposizione di una forma. Così, per esempio: dire che un atto non può essere fatto che per iscritto o dire che può essere provato solo per mezzo di scrittura, è precisamente la stessa cosa. Quando dunque la legge stabilisce che un atto si può provare in qualunque modo, ciò significa anche che l'atto si può fare in qualunque modo. Questo è appunto il caso dell'art. 44 codice di commercio.

Si invocano ancora i lavori preparatorî del codice di commercio (1), in cui si trova affermato che la legge commerciale non intese di derogare alla necessità della scrittura per le convenzioni traslative della proprietà d'immobili e di altri beni capaci d'ipoteca, estendendosi così la portata dell'ultimo capoverso dell'art. 1314. Ma è facile rispondere che si tratta di opinioni emesse durante le discussioni parlamentari e contraddette da altre opinioni pure emesse nella stessa discussione e in altri documenti legislativi; per cui dai lavori preparatorî non può dirsi che si tragga alcun argomento nè pro nè contro l'opinione, che combattiamo.

Infine si ricorda che la scrittura nei contratti enumerati dall'articolo 1314 è in ogni modo necessaria per fare la trascrizione di essi. Ma non tutti gli atti enumerati dall'articolo 1314 devono essere trascritti (per es.: non devono essere trascritte le transazioni, non si debbono trascrivere le costituzioni di rendita: codice civile, art. 1932 e 1933); e poi vi sono atti che devono essere trascritti e per cui la forma scritta non è richiesta (per es.: le cessioni di pigioni o di fitti superiori ad un triennio: codice civile, art. 1932, n. 7; i contratti per la costruzione delle navi; i contratti di alienazione o cessione di navi; i contratti di pegno sulla nave: codice di commercio, art. 481, 482, 485, 486, che debbono pure essere trascritti, ma per cui la scrittura non è richiesta a pena di

---

(1) *Lavori preparatorî del Codice di commercio: Atti parlamentari*, vol. II, parte II, pag. 370-371 (discorso del relatore PASQUALI alla Camera dei deputati).

inefficacia dell'atto fra le parti). Vuole dire che nei casi, in cui è necessaria la trascrizione, l'atto non ha effetto di fronte ai terzi finchè non è trascritto, ma fra le parti esso è perfettamente valido malgrado la mancanza della scrittura e della trascrizione, il che è sufficiente per escludere che l'atto debba considerarsi formale. Del resto non è detto che non possano trascriversi anche negozi non fatti per iscritto: può, per es., la trascrizione venire eseguita in base ad una sentenza, che riconosca l'esistenza del negozio, e in verità sono frequenti i casi, in cui la legge impone la trascrizione di una sentenza (codice civile, art. 1932, n. 4 e 8; art. 1934 e 1935) (1).

---

(1) La dottrina prevalente esclude, in conformità di quanto è detto nel testo, che l'art. 1314 del codice civile abbia integrale applicazione in materia commerciale: Vivante, *Trattato*, IV, n. 1578; Vidari, *Corso di dir. comm.*, n. 2392; Navarrini, *Trattato*, II, n. 494 e seg.; Mattirolo, *Diritto giud. e proc. civ.*, II, n. 418 e seg.; Lessona, *Teoria delle prove*, 3ª ediz., vol. III, Firenze 1922, n. 196 e 198; Chironi e Abello, *Trattato di dir. civ. ital.*, pag. 616; Coppa-Zuccari, in *Foro ital.*, 1900, I, 1129; Belotti, in *Giur. ital.*, 1903, I, 1, 180. *Contra:* Manara, *Atti di commercio*, n. 119; Giorgi, *Obbligaz.*, 7ª ediz., III, n. 203, pag. 244. La dottrina più recente tende a distinguere negli atti enumerati dall'articolo 1314 del codice civile quelli che concernono il regime della proprietà immobiliare (nn. 1-5) dagli altri (nn. 6 e 7). I primi si riterrebbero applicabili in materia commerciale, perchè dagli art. 3, n. 3, e 44, ult. capov., del codice di commercio si desumerebbe il principio generale che, anche in materia commerciale, l'ordinamento della proprietà immobiliare è regolato dal diritto civile. Vedi Vivante, 5ª ed., IV, n. 1578. Ma par difficile desumere un principio generale da norme, come quella dell'articolo 44, aventi carattere eccezionale. In verità, in quello che si chiama regime della proprietà immobiliare bisogna distinguere. I diritti reali sugli immobili, considerati in sè, come diritti assoluti, sono certamente regolati dal diritto civile, non perchè sia inconcepibile un diritto reale, o, in genere, un diritto assoluto commerciale, ma perchè il codice di commercio non contiene disposizioni sul regime dei diritti reali immobiliari, la cui disciplina deve perciò ricercarsi nel codice civile. Invece i negozi giuridici, che generano rapporti obbligatorî, e i rapporti obbligatorî stessi, anche se hanno per oggetto la trasmissione della proprietà o di altro diritto reale su beni immobili (per es., compra-vendita di immobili), possono benissimo aver carattere commerciale, ed essere regolati dal diritto commerciale. A questi negozi deve dunque applicarsi il principio della libertà delle forme.

Quanto alla giurisprudenza, essa ha egualmente deciso numerose volte che la forma scritta non è indispensabile nelle transazioni commerciali, e che perciò la transazione in materia commerciale può essere provata

76. Oltre i casi dianzi menzionati, nei quali la legge prescrive una forma determinata, l'inosservanza della quale si ripercuote, assolutamente o relativamente, sull'efficacia giuridica del negozio, ovvero influisce come limitazione della

---

con testimoni. La Corte di cassazione del Regno ha riaffermato più volte questa massima, che del resto prevaleva anche anteriormente: Cass. del Regno, 20 febbraio 1925, in *Giur. ital.*, 1925, I, 1, 523; 28 luglio 1925 (sentenza n. 1325 inedita), in *Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce: *Transazione*, n. 4; e da ultimo, Sez. Unite, 10 marzo 1926 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 417). Vedi inoltre Cass. Torino, 22 novembre 1902 (*Riv. di diritto comm.*, 1903, II, 19, con nota di Rocco, nella quale è richiamata la giurisprudenza più antica); Cass. Firenze, 11 maggio 1907 (*Giur. ital.*, 1907, I, 1, 761); Cass. Torino, 21 ottobre 1908 (*Giur. ital.*, I, 1, 29); Appello Venezia, 14 aprile 1910 (*Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 760); App. Torino, 27 aprile 1914 (*Giust. amm.*, 1914, 1094); App. Palermo, 17 luglio 1914 (*Mon. trib.*, 1914, 993); App. Milano, 3 agosto 1915 (*Temi lomb.*, 1915, 724); 28 luglio 1916 (*Mon. trib.*, 1916, 712); 13 gennaio 1917 (*Riv. di dir. comm.*, 1917, II, 365); Cass. Roma, 28 maggio 1918 (*Giur. ital.*, 1918, I, 1, 847). Qualche isolata decisione discorde, come, per es.: App. Palermo, 25 febbraio 1924 (*Mon. trib.*, 1924, 906), non può avere rilevanza, specialmente dopo le ripetute pronunzie della Corte di cassazione del Regno.

Ciò che si è detto della transazione può ripetersi per gli atti di costituzione di rendita non riflettente immobili (Cass. Roma, 30 maggio 1899, in *Foro ital.*, 1899, I, 740).

In materia di locazioni ultranovennali di immobili la giurisprudenza è oscillante; nel senso che per le locazioni ultranovennali d'immobili non sia indispensabile lo scritto vedi: App. Torino, 12 febbraio 1915 (*Giur. ital.*, 1915, I, 2, 259); in senso contrario v. Cass. Torino, 29 marzo 1892 (*Legge*, 1892, II, 683); forse questa soluzione, come tendenza, è anche accennata nella sentenza della Cass. Roma, 6 dicembre 1915 (*Giur. it.*, 1916, I, 1, 29). Naturalmente la questione riguarda soltanto la validità del contratto in sè stesso e la prova fra le parti, giacchè è indiscutibile che in rapporto ai terzi rimangono ferme le disposizioni del codice civile circa la necessità della trascrizione delle locazioni ultranovennali (art. 1932, n. 5, cod. civ.), nello stesso modo come, per le locazioni di durata minore, rimane ferma la disposizione dell'art. 1597 del codice civile, che fa obbligo all'acquirente di rispettare la locazione solo quando questa sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa.

Circa la questione se, trattandosi di locazione commerciale, la data certa ai fini dell'art. 1597 del codice civile possa essere provata, giusta il capoverso dell'art. 55 del codice di commercio, la giurisprudenza della Corte di cassazione del Regno è incerta. Vedi infatti, in senso opposto, la sentenza 30 giugno 1926 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 971), e quella 10 aprile 1924 (*Ivi*, 1924, I, 1, 378).

ammissibilità della prova testimoniale, possono esservi negozi formali per volontà delle parti. Non può infatti a queste essere negato di concordare una determinata forma, scrittura privata o atto pubblico, di cui debba essere rivestito un determinato negozio giuridico, sia nel senso di condizionare alla forma convenuta la perfezione stessa del negozio, sia nel senso di stabilire la formazione di un documento probatorio del negozio già conchiuso. Nel primo caso la forma viene richiesta ad *substantiam*, nel secondo *ad probationem*.

Se le parti convengono che lo scritto sia necessario per la perfezione stessa del negozio giuridico, questo, che per legge non richiederebbe alcuna forma determinata, è da considerare per volontà delle parti negozio formale, sottoposto quindi alla stessa disciplina che vedemmo stabilita per i negozi, che sono formali per legge. Fino a che la volontà delle parti non sia rivestita della forma concordata, il negozio giuridico non esiste. Se sia da ritenere esistente intanto un contratto preliminare obbligatorio fra le parti o una semplice trattativa non vincolativa è questione d'interpretazione di volontà. Ma anche quando si ammettesse esistente un contratto preliminare, il contenuto di esso consisterebbe soltanto nell'obbligo di addivenire alla futura conclusione del negozio giuridico nella forma concordata, cioè soltanto in un obbligo di fare, che secondo il nostro diritto non è coercibile. Sicchè la trasgressione di quest'obbligo potrebbe bensì dar luogo al risarcimento di danni, ma renderebbe impossibile la perfezione del negozio.

Qualora invece le parti convengano la forma scritta, quale garanzia, soltanto *ad probationem*, il negozio preesiste allo scritto; ed è perfetto con la dichiarazione di volontà. Se lo scritto non viene poi formato, il vincolo obbligatorio potrà essere provato con i mezzi di prova ammessi dalla legge giusta l'art. 44 del codice di commercio. Ma se le parti addivengono alla formulazione dello scritto, questo limiterà l'ammissibilità della prova testimoniale nello stesso modo come accade per i negozi giuridici, per i quali la legge prescrive la scrittura senza aggiungere specifica sanzione (1).

---

(1) In questo senso SEGRÈ, in *Riv. di dir. comm.*, 1920, II, pag. 200, contra VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1580, il quale opina che la regola del-

Nel dubbio circa l'intenzione delle parti si tende dalla dottrina e dalla giurisprudenza a considerare l'accordo delle parti circa la forma scritta piuttosto come diretto a scopo probatorio che a scopo costitutivo (1).

Particolari difficoltà possono sorgere circa l'ammissibilità di prova desunta fuori dello scritto, sia nel caso di recesso delle parti dal contratto, sia nel caso di accordi non formali posteriori a quello formale, sia quando tra lo scritto voluto come documento probatorio e il contratto anteriormente già perfetto esistano divergenze (2).

§ 22. La rappresentanza nei negozi giuridici commerciali.

SOMMARIO: 77. I. *Concetto della rappresentanza.* Il principio della libera ammissibilità della rappresentanza nel diritto moderno. — 78. II. *Fondamento della rappresentanza:* Lo scopo finale nelle dichiarazioni di volontà. Separazione fra soggetto della volontà e destinatario dello scopo. L'agire per conto degli altri. Organi deliberativi e organi rappresentativi. — 79. III. *La rappresentanza e gli altri istituti affini:* La rappresentanza e la prestazione di opera. Il *nuncius*. Responsabilità per fatto illecito di altri. Rapporti tra le persone giuridiche e i proprî organi deliberativi. — 80. Rapporti tra rappresentanza, mandato e locazione di opera. — 81. IV. *Presupposti della rappresentanza: a)* La facoltà di rappresentare; rappresentanza legale e rappresentanza volontaria. — 82. Il negozio costitutivo della rappresentanza. Procura e negozio rappresentativo. Forma della procura. — 83. La volontà del rappresentante nella conclusione del negozio rappresentativo. Mancanza di rappresentanza; rappresentante apparente. — 84. *b)* La *contemplatio domini*. — 85. *c)* L'agire entro i limiti del potere: rappresentante che eccede i limiti dei suoi poteri. — 86. V. *Forme speciali di rappresentanza commerciale: a) Rap-*

---

l'art. 53 del cod. di comm. è limitata ai contratti per cui il codice, e non già i contraenti, richiede la prova scritta. Altri ritiene, all'opposto, che la prova testimoniale in questo caso debba essere del tutto interdetta. NAVARRINI, *Trattato*, V, nn. 2074, 2075.

(1) Vedi Cass. Roma, 26 luglio 1919 (*Riv. di dir. comm.*, 1920, II, 197).

(2) Su questo argomento si veda specialmente SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. di dir. comm.*, 1920, II, 197 e seg.; MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1919, I, 414 e segg. Si veda inoltre VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1579 e seg.; NAVARRINI, *Trattato*, V, n. 2072 e seg.

presentanza institoria: natura del rapporto interno che lega l'institore al principale; rappresentanza dell'institore; fonte di essa; ampiezza della rappresentanza. — 87. La procura institoria; procura pubblicata e procura non pubblicata. Le limitazioni alla procura pubblicata: atti necessarî e atti appartenenti all'esercizio del commercio a cui l'institore è preposto. Contenuto normale della procura institoria; rappresentanza processuale; carattere. — 88. Obblighi e responsabilità dell'institore. — 89. Norme speciali sulla *contemplatio domini* nella rappresentanza institoria. Il requisito della *contemplatio domini* nei contratti per iscritto; l'art. 371 cod. di comm. La presunzione della *contemplatio domini.* — 90. La revoca della procura institoria; pubblicità; mancanza di questa; effetti. Revoca di procura non pubblicata. — 91. *b*) *Rappresentanza dei commessi viaggiatori:* Nozione generale: importanza ed utilità della loro funzione. — 92. Diverse specie di commessi viaggiatori. I commessi viaggiatori con rappresentanza. Natura del rapporto interno. — 93. Particolarità della rappresentanza dei commessi viaggiatori: forma della procura; contenuto di essa e limitazioni. La *contemplatio domini.* — 94. *c*) *Rappresentanza dei commessi di negozio:* Nozione: limiti della procura. — 95. *d*) *Rappresentanza dei raccomandatari:* Nozione del raccomandatario: sua funzione; rappresentanza.

77. I. *Concetto della rappresentanza* (1). — Lo scopo del diritto non è soltanto la conservazione della società, ma anche la cooperazione sociale; alla cooperazione anzi è diretto tutto il diritto contrattuale e buona parte del diritto privato patrimoniale, anche non contrattuale. Uno degli istituti di diritto privato, che serve più efficacemente ad attuare il principio

---

(1) *Letteratura:* Vivante, *Trattato,* I, § 26, pag. 262; Navarrini, *Trattato,* II, n. 470 e seg.; Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione,* nel *Comm. al cod. di comm.,* vol. IV; Valeri, *Del mandato commerciale e della commissione,* nel *Cod. di comm. annotato,* pag. 96; Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti,* Torino 1892; Nattini, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza,* Milano 1910; Pacchioni, *La teoria moderna sulla rappresentanza in* Baudry-Lacantinerie *et* Wahl, *Dei contratti aleatori,* pag. 755; Fadda e Bensa, *Note al Windscheid,* I, pag. 907 e seg.; Chironi e Abello, *Trattato,* I, pag. 411; Coviello, *Manuale di dir. civ.,* I, § 125, 128; De Ruggiero, *Istituzioni di dir. civ.,* I, § 28; Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations,* Paris 1918; Biermann, *Lehre von der Vertretung und Vollmacht,* in *Festgaben für Dernburg,* 1900; Schlossmann, *Die Lehre von der Vertretung inbesondere bei obligatorischen Verträgen,* 1900; Mitteis, *Lie Lehre von der Stellvertretung nach römisch. Recht,* 1885; Buchka, *Die Lehre von der Stellvertretung,* 1882.

della cooperazione sociale, è l'istituto della rappresentanza, che permette alle persone fisiche di agire giuridicamente per mezzo di altri, ed è poi condizione necessaria per l'esistenza delle persone giuridiche, che non altrimenti possono agire, se non per mezzo di persone fisiche.

La rappresentanza è un istituto giuridico, per cui una persona (rappresentante) pone in essere un negozio giuridico in nome di un'altra (rappresentato) in modo che il negozio si considera come posto in essere direttamente da questa e i diritti e gli obblighi, che ne derivano, passano immediatamente a questa.

Il diritto romano non conobbe come regola l'istituto della rappresentanza; per il diritto romano era inconcepibile che l'atto giuridico compiuto da una persona potesse mai produrre direttamente i suoi effetti in un'altra. Per quanto da alcuni oggi si propenda per l'opinione, che, specie nella compilazione giustinianea, l'istituto della rappresentanza fosse in parte riconosciuto, pure, allo stato attuale degli studî romanistici, la rappresentanza appare, in linea di principio, estranea al diritto romano. La ragione di questa mancanza sta specialmente nell'organizzazione della famiglia romana, che permetteva al *pater familias* di acquistare per mezzo dei figli e degli schiavi, e che rendeva superfluo un altro istituto diretto a conseguire lo stesso scopo. Fu solamente sotto la influenza del diritto canonico che, nei secoli XIV e XV, la rappresentanza si affermò come istituto giuridico; ed ormai il diritto moderno parte da un principio affatto opposto a quello del diritto romano; dal principio, cioè, dell'assoluta e generale ammissibilità della rappresentanza nei negozi giuridici. A questo risultato hanno contribuito, sia la scomparsa della schiavitù, sia il successivo modificarsi della costituzione famigliare, specie riguardo alla patria potestà. Divenuto impossibile l'acquisto dei diritti per opera dei figli e dei servi, si è imposta la necessità di un istituto, che permettesse di agire giuridicamente per mezzo di altri in modo semplice e sicuro, e da questa necessità è sorto l'istituto della rappresentanza.

La necessità della cooperazione altrui nella formazione dei negozi giuridici è sentita più vivamente nei rapporti commerciali, che si sono resi sempre più vasti e più complessi.

L'essere il commercio divenuto da locale prima nazionale, poi internazionale e infine mondiale, ha reso indispensabile la simultanea conclusione d'affari in luoghi diversi e quindi la possibilità di agire e costituire negozi giuridici per mezzo di altri. La rappresentanza è dunque un istituto, che interessa nel massimo grado i rapporti commerciali, e che in materia di commercio ha le sue più larghe applicazioni.

Il principio della libera ammissibilità della rappresentanza è oggi implicitamente od esplicitamente sancito da tutte le legislazioni. Mentre alcune legislazioni, come la tedesca (codice civile del 1896, §§ 164-181) dedicano alla rappresentanza una trattazione speciale, nella legislazione italiana il principio dell'ammissibilità della rappresentanza è riconosciuto solo indirettamente. Più disposizioni ne mettono però fuori di dubbio l'esistenza: vedi così per il codice civile gli art. 1744, 1728 e 1752; per il codice di commercio gli art. 349, 350, 368, 106, 116, 122 e 491.

78. II. *Fondamento giuridico della rappresentanza.* — La definizione, che si dà comunemente della rappresentanza, e che noi abbiamo premesso alla nostra esposizione, non è in fondo che una descrizione.

Quando si afferma che nella rappresentanza la dichiarazione di volontà del rappresentante produce i suoi effetti giuridici direttamente nella persona del rappresentato, ci si limita a descrivere gli effetti della rappresentanza, ma non si dice ancora quale è la causa di questo fenomeno giuridico, per cui ciò che viene fatto da una persona si considera come se fosse fatto da un'altra. La difficoltà di una concezione logica di questo fenomeno non fu forse estranea alla repugnanza dei romani per la rappresentanza, e si aggiunse probabilmente alle ragioni storiche ed economiche, per cui in diritto romano valse come regola il principio *per extraneam personam nobis adquiri non potest.*

Dobbiamo dunque istituire una ricerca, che di solito è trascurata dalla dottrina italiana: quella del fondamento giuridico della rappresentanza.

Il punto di partenza è assai semplice. Si è già visto che tra i fatti giuridici, ossia tra quei fatti, a cui il diritto ricol-

lega effetti giuridici, hanno un'importanza grandissima, e starei per dire preponderante, i fatti umani volontari. Il diritto infatti attribuisce alla volontà umana rilevanza giuridica, e ciò in varî modi, e sotto diverse forme. Può anzitutto il diritto prendere in considerazione principalmente il fatto materiale, che è il prodotto di un'azione umana volontaria, e quindi le modificazioni nel modo esteriore, che sono conseguenza dell'azione umana. Per es.: costruzione di una casa, piantagione di alberi, apertura di una via, fabbricazione di una merce, conseguenze queste perfettamente lecite ed approvate dal diritto; oppure il danneggiamento di una cosa o la lesione nella integrità fisica di una persona prodotta da una altra persona, conseguenze queste illecite e vietate dal diritto. Può in secondo luogo, ed è questo il caso forse più importante, il diritto riconoscere efficacia alla volontà umana anche solo in quanto si afferma: in questo caso il diritto non prende in considerazione le modificazioni nel mondo esteriore che sono conseguenza dell'atto volontario, ma la determinazione in sè. È naturale che, anche in questo caso, la volontà si deve manifestare esteriormente, ma è questa una pura condizione necessaria, perchè l'atto volitivo possa essere conosciuto e dallo stato di intenzione passare a quello di azione, ma ciò che il diritto prende in considerazione non è la conseguenza dell'atto di volontà, ma l'atto di volontà in sè. Nel primo caso il diritto ricollega conseguenze giuridiche al fatto esteriore in quanto è conseguenza di un atto volontario, nel secondo caso il diritto ricollega conseguenze all'atto di volontà. Si ha così la contrapposizione già notata tra atti giuridici materiali leciti ed illeciti, e dichiarazioni di volontà.

Ma la volontà umana, sia che provochi una materiale modificazione nel mondo esteriore, sia che si limiti ad affermarsi mediante dichiarazione, è sempre diretta a uno scopo. È stato già molto bene dallo JELLINEK notato che non si può volere *simpliciter*, ma che si deve volere un qualche cosa (1). Aggiungiamo noi, ciò avviene perchè l'uomo si determina sempre mediante motivi e nella serie di motivi consci, che

---

(1) JELLINEK, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, trad. ital., Milano 1912, pag. 49.

determinano l'atto di volontà, ve ne è sempre uno iniziale, che, in quanto lo si consideri come contenuto dell'atto di volontà, ne costituisce lo *scopo finale* o *scopo* semplicemente. Mentre dunque la *causa* è il motivo più prossimo, che ha determinata la volontà, lo *scopo* è il motivo primo o iniziale che ha provocato la serie dei movimenti psichici, da cui l'atto di volontà è derivato e che costituisce lo scopo ultimo dell'atto di volontà.

Lo scopo finale, a cui è diretto un atto di volontà, è di regola un bene o interesse (1) della persona che compie la azione. Ma può darsi altresì che lo scopo finale dell'azione non sia un interesse dell'agente, ma un interesse altrui. Ciò avviene assai spesso, perchè nella società umana è frequente il fenomeno della cooperazione, anzi può dirsi che appunto la reciproca cooperazione fra gli uomini è uno degli aspetti fondamentali della vita civile. In questi casi vi è dunque una non coincidenza fra il destinatario dello scopo o soggetto dell'interesse e il soggetto della volontà.

Ora può darsi che questa separazione rimanga occulta, cioè che lo scopo finale dell'azione, non esca dal mondo interiore e non si manifesti esteriormente nell'azione. In questo caso il diritto non prende in considerazione lo scopo finale occulto ed ignoto, ma ha riguardo soltanto allo scopo palese, e poichè lo scopo palese è uno scopo del soggetto agente, considera l'azione come rivolta a realizzare un interesse dell'agente.

Ma può darsi altresì che la non coincidenza fra soggetto della volontà e destinatario dello scopo appaia esteriormente nell'azione. In questo caso questa separazione acquista rilevanza giuridica. Non è vero infatti quello che si dice comunemente, che il solo motivo prossimo dell'azione o causa sia preso in considerazione dal diritto, e non gli altri motivi che l'hanno preceduta. O per meglio dire ciò è esatto solo

(1) Bene, interesse, scopo sono concetti che sostanzialmente si equivalgono. *Bene* è tutto ciò che può servire a soddisfare un bisogno dell'uomo; *interesse* è il bene in quanto lo si riferisce a un determinato soggetto e lo si considera come da questi riconosciuto; *scopo* è il bene o interesse in quanto è proseguito dalla volontà.

riguardo al problema della validità delle dichiarazioni di volontà, perchè è vero che, per giudicare della validità di una dichiarazione di volontà, viene preso in considerazione solo il motivo prossimo o causa; ma se si ha riguardo invece al problema della destinazione degli effetti giuridici della azione umana e particolarmente delle dichiarazioni di volontà, allora entra in campo il motivo iniziale o scopo ultimo. Perchè è appunto lo scopo finale che determina il destinatario degli effetti giuridici dell'azione.

Infatti noi sappiamo che il diritto in senso obbiettivo è essenzialmente garanzia di scopi o tutela di interessi e che, corrispondentemente, il diritto subbiettivo è appunto un interesse giuridicamente tutelato. Ciò significa che, per determinare il vero destinatario dell'effetto giuridico, e quindi il vero destinatario del diritto soggettivo, bisogna aver riguardo al destinatario dello scopo, che si tratta di garantire, dello interesse, che si vuole tutelare. Il soggetto della volontà spiegata per conseguire lo scopo non è altrettanto importante, perchè, se è vero che occorre sempre un atto di volontà per realizzare uno scopo, è pure sempre possibile che lo scopo di un soggetto sia realizzato mediante l'azione di un altro soggetto.

Quando dunque la separazione fra soggetto dell'azione e destinatario dello scopo appare esteriormente nell'azione, gli effetti giuridici dell'azione si producono nella persona del destinatario dello scopo: in altri termini, il destinatario dello scopo diventa titolare dei rapporti giuridici, che derivano dall'azione.

Rispetto a questo fenomeno della separazione tra autore dell'azione e destinatario dello scopo bisogna distinguere tra i fatti materiali e le dichiarazioni di volontà. E ciò non perchè il fenomeno sia sostanzialmente diverso nei due casi, ma perchè si comporta alquanto diversamente.

Quando si tratta di fatti materiali, gli effetti giuridici vantaggiosi (acquisto di diritti) o dannosi (responsabilità) che ne derivano secondo che sono leciti od illeciti, si ripercuotono nella persona del destinatario dello scopo, ogni qualvolta l'autore dell'azione appare come autorizzato ad agire nell'interesse altrui. Occorre dunque il concorso di queste

due condizioni, perchè l'effetto giuridico si produca nella persona del destinatario dello scopo: che vi sia l'autorizzazione di agire per altri, che quest'autorizzazione sia nota od appaia, sia dal modo stesso in cui l'azione è si manifestata, sia da altre circostanze estrinseche dell'azione. Si noti bene che non occorre l'autorizzazione specifica a compiere quell'azione, basta una autorizzazione generica ad agire. Questo spiega come chi costruisce o pianta o produce una merce nell'interesse di un altro, o, come si dice, per conto altrui, e in genere chi fa un'opera materiale per un altro, fa acquistare a questi la proprietà dell'opera. Questo spiega altresì come colui che commette un fatto illecito, mentre agisce nell'interesse altrui, rende il destinatario dello scopo nel conseguimento del quale fu commessa l'azione illecita, responsabile di questa (art. 1153, capov. 3° codice civile).

Quando si tratta di dichiarazioni di volontà, il fenomeno si presenta in modo alquanto più complesso. Anche qui, quando il dichiarante non è il destinatario dello scopo, a cui la volontà si riferisce, gli effetti giuridici si producono nella persona del destinatario. Anche qui occorre che il dichiarante sia autorizzato ad agire per altri e che tale autorizzazione appaia esteriormente. Ma si deve fare qui una differenza secondo il modo, con cui e il fatto della destinazione estranea della dichiarazione di volontà e l'autorizzazione a compierla devono apparire esteriormente.

A) In un primo gruppo di casi questo processo di esteriorizzazione è più rudimentale e non esce dalla cerchia delle persone direttamente interessate, cioè del destinatario della volontà e dell'autore della dichiarazione. È, in altri termini, una conoscenza puramente interna, che non giunge fino ai terzi, a cui la dichiarazione di volontà è rivolta.

B) Un secondo gruppo di casi si ha invece, quando il processo di esteriorizzazione del rapporto, per cui una persona agisce giuridicamente nell'interesse altrui, è completo e giunge fino alla manifestazione ai terzi; *è in questo secondo caso che si ha appunto la rappresentanza.*

La rappresentanza dunque è *uno dei casi di non coincidenza fra il soggetto dell'azione e il destinatario dello scopo, a cui l'azione è rivolta*, è quindi uno dei casi, in cui l'azione di un

soggetto produce effetti giuridici rispetto ad un altro soggetto. Lo stesso fenomeno, abbiamo veduto, si verifica anche rispetto ai fatti materiali, mentre la rappresentanza in senso proprio si ha solo nei negozi giuridici, cioè nelle dichiarazioni di volontà. E anche nel campo delle dichiarazioni di volontà, la rappresentanza non è l'unico caso di separazione fra l'autore dell'azione e il destinatario dello scopo, ma è soltanto il caso più completo, quello, in cui la separazione esce dai rapporti interni ed è fatta conoscere ai terzi, a cui la dichiarazione di volontà è rivolta.

Chiamando col termine generico di *organo*, che vuol dire semplicemente strumento, colui il quale pone in essere una dichiarazione di volontà per uno scopo altrui, noi possiamo dunque distinguere due categorie di organi.

a) Organi *puri* e *semplici* o anche organi *deliberativi*, che si hanno tutte le volte che il rapporto rimane puramente interno, cioè non è fatto conoscere ai terzi al momento della dichiarazione di volontà. A questa categoria di organi appartengono tutti i così detti organi deliberativi delle persone giuridiche (Camera, Senato, Consiglio o Consulta comunale, Assemblea e Consiglio di amministrazione di una società anonima) e certe figure giuridiche del diritto privato, come, per es., il commissionario, il quale, secondo il codice di commercio (art. 380 e 381), agisce in nome proprio, ma per conto altrui, formula con cui la legge vuol significare che la separazione fra soggetto della dichiarazione di volontà e soggetto dello scopo è puramente interna.

b) Organi *rappresentativi* o *rappresentanti*, che si hanno tutte le volte che il soggetto della dichiarazione di volontà agisce per uno scopo altrui, e la separazione tra il soggetto della volontà e il destinatario dello scopo viene resa nota ai terzi, a cui la dichiarazione è rivolta, in modo che il rapporto di organi diventa esterno.

Concludendo, si può definire ora con maggior precisione la rappresentanza come quella situazione giuridica, per cui taluno pone in essere una dichiarazione di volontà per la realizzazione di uno scopo, il cui destinatario è un altro soggetto, in modo da fare conoscere ai terzi, a cui la dichiarazione di volontà è rivolta, che egli agisce per un interesse altrui,

con la conseguenza che tutti gli effetti giuridici della dichiarazione di volontà si producono rispetto al soggetto, nel cui interesse egli ha agito.

L'agire per uno scopo altrui si suole designare colla frase *agire per conto altrui*, e l'agire, facendo conoscere al terzo, a cui la dichiarazione di volontà è rivolta, che lo scopo dell'azione è la realizzazione di un interesse altrui, si designa colla espressione *agire in nome altrui*. Pertanto le caratteristiche della rappresentanza si possono brevemente riassumere in ciò, che la *rappresentanza* è *agire in nome e nell'interesse di altri*.

Stabilito così il concetto e il fondamento giuridico della rappresentanza, ci sarà relativamente facile il risolvere le varie questioni che in questa materia si sono agitate.

79. III. *La rappresentanza e gli altri istituti affini.* — Il primo gruppo di controversie concerne le differenze e i rapporti che corrono tra la rappresentanza e alcune figure giuridiche, che possono facilmente essere confuse con essa, appunto perchè appartengono, insieme alla rappresentanza, alla più generale categoria di casi, in cui l'azione di un soggetto è rivolta a realizzare uno scopo, di cui è destinatario un altro soggetto.

A) E in primo luogo bisogna distinguere la rappresentanza da quei casi, in cui un fatto materiale è posto in essere per uno scopo altrui. In questi casi non si ha rappresentanza, *ma prestazione d'opera*. La differenza fra la rappresentanza e la prestazione d'opera sta sostanzialmente in ciò, che nella prestazione d'opera si agisce per altri, ponendo in essere un fatto materiale, mentre nella rappresentanza si pone in essere una dichiarazione di volontà. Quanto alla differenza fra il fatto materiale e la dichiarazione di volontà, essa è stata già posta più innanzi e consiste principalmente in ciò, che il fatto materiale è bensì un fatto volontario, ma in cui la legge considera soprattutto le modificazioni recate dalla volontà umana nel mondo esteriore e a *queste* ricollega effetti giuridici, mentre nelle dichiarazioni di volontà o negozi giuridici, la legge riconnette effetti alla manifestazione di volontà *co e tale*.

Tutte le forme di prestazione d'opera vanno quindi distinte dalla rappresentanza, e perciò tanto la prestazione d'opera a titolo gratuito, quanto la prestazione d'opera a titolo oneroso, che rappresenta il caso di gran lunga più importante e va sotto il nome di *locazione d'opera*.

Nella prestazione d'opera in genere, e in ispecie nella locazione d'opera, chi agisce pone a disposizione altrui le sue attitudini alla produzione di un risultato utile a quest'ultimo. Quindi nella prestazione d'opera sono appunto queste attitudini (prestazione di opere e in ispecie *locazione di opere*) o questo risultato (prestazione e in ispecie *locazione d'opera*) che costituiscono l'oggetto della prestazione. Invece nella rappresentanza, il rappresentante pone a disposizione altrui unicamente la propria attitudine a volere, vale a dire a formare un atto di volontà. Ben è vero che talora al rapporto di prestazione d'opera si unisce un rapporto di rappresentanza, e il caso è tutt'altro che raro, giacchè si hanno esempi di abbinamento di locazione d'opera e di rappresentanza, non solo nella locazione di un'opera intellettuale, ma anche nella locazione di un'opera puramente manuale. Nella locazione d'opera intellettuale (che, si noti bene, va sempre distinta dalla rappresentanza, perchè nella locazione d'opera intellettuale il locatore pone a disposizione altrui le proprie facoltà intellettive, mentre nella rappresentanza il rappresentante pone a disposizione altrui la propria attitudine a *volere*, e la *volontà* è una facoltà totalmente diversa dall'*intelligenza*), nella locazione d'opera intellettuale, diciamo, si trova associato spesso il rapporto di rappresentanza. Così il direttore di una società anonima è locatore d'opera con rappresentanza; il direttore della sede o succursale di una azienda è locatore d'opera con rappresentanza institoria. Ma anche nella locazione d'opera puramente manuale, si trova qualche volta abbinata la rappresentanza. Così i domestici hanno qualche volta una limitata rappresentanza dei loro padroni per le spese ordinarie e giornaliere della famiglia.

E in base allo stesso criterio si deve distinguere il rappresentante dal *nuncius*, che è anche egli un prestatore d'opera. Il *nuncius* non è che un mezzo materiale di trasmissione di una dichiarazione di volontà; egli fa l'ufficio della lettera o

del telegramma, e perciò il suo còmpito è semplicemente di prestare la sua attività materiale per la trasmissione della dichiarazione. Al contrario, nella rappresentanza vi è sempre prestazione di una attività volitiva. E perciò si dirà che vi è rappresentante quando taluno presta altrui la sua attitudine a volere, e quindi nel formare la dichiarazione di volontà ha un potere deliberante. Si ha invece semplice *nuncius*, quando taluno si pone a servigi altrui come veicolo di trasmissione della dichiarazione di volontà, e quindi pone a disposizione altrui soltanto la sua attitudine a compiere un'opera materiale e non giuridica.

B) Anche più nettamente la rappresentanza si deve distinguere dal rapporto, per cui un fatto illecito compiuto da un soggetto produce responsabilità a carico di un altro soggetto. Anche qui si ha, è vero, un fatto materiale dannoso, compiuto nell'esplicazione di un'opera rivolta all'interesse altrui, ma non si può parlare di rappresentanza, anzitutto perchè il campo proprio della rappresentanza è quello delle dichiarazioni di volontà, e poi perchè nella rappresentanza occorre che il vero destinatario dello scopo, per cui la dichiarazione è emessa, sia fatto conoscere ai terzi, a cui la dichiarazione è diretta, mentre evidentemente ciò non è possibile nella responsabilità per fatto altrui, in cui è sufficiente che il fatto illecito avvenga nella esplicazione dell'opera diretta a un interesse altrui.

C) Deve ancora la rappresentanza distinguersi da quel gruppo di casi ad essa assai più affine, in cui si ha in realtà prestazione di una attività volitiva rivolta ad uno scopo altrui, ma la separazione tra autore dell'atto di volontà e destinatario dello scopo non è fatta conoscere ai terzi, e rimane un rapporto interno noto unicamente alle parti. E in primo luogo deve la rappresentanza distinguersi dal rapporto che intercede fra le persone giuridiche e i proprî organi deliberativi. Gli organi deliberativi delle persone giuridiche non sono rappresentanti, perchè essi si limitano a formare e a concorrere con altri a formare la volontà dell'ente, ma non lo dichiarano ai terzi come volontà di questo. Così, ad es., i membri della Camera dei deputati e del Senato sono organi, ma non rappresentanti dello Stato; i consiglieri d'amministrazione di

società, che non hanno firma sociale, sono organi e non rappresentanti della società. Anche qui non si nega esservi casi, in cui all'organo spetta anche la rappresentanza: si parla allora di organi rappresentativi delle persone giuridiche, i quali si distinguono dai rappresentanti che non sono anche organi. Così è un organo rappresentativo dello Stato il Re; sono organi rappresentativi dello Stato i Ministri, è organo rappresentativo del Comune il Podestà, sono organi rappresentativi delle società commerciali gli amministratori aventi la firma sociale.

80. *D*) E in base allo stesso criterio va fatta la distinzione così difficile e così disputata fra *rappresentanza* e *mandato*.

La dottrina, fino a questi ultimi tempi dominante, riteneva che la rappresentanza fosse un requisito essenziale del mandato: riteneva cioè che nel mandato fosse sempre inclusa la facoltà di rappresentare. A questa conclusione la dottrina civilista era giunta per trovare una differenza fra mandato e locazione d'opera, la cui distinzione si presentava difficile, dopochè il diritto moderno aveva distrutto il criterio distintivo del diritto romano, secondo cui l'elemento caratteristico del mandato era la *gratuità*, e aveva ammesso la possibilità di un mandato retribuito (codice civile, art. 1737-1739; codice di commercio, art. 349).

Ma questo preteso carattere distintivo non esiste. La rappresentanza non è affatto essenziale al mandato. Abbiamo visto, e meglio vedremo in seguito, che può darsi rappresentanza senza mandato (es., rappresentanza connessa alla locazione d'opera) ma può darsi anche mandato senza rappresentanza. Infatti:

a) L'art. 1737 codice civile si limita a dire che nel mandato una persona si obbliga a compiere un affare *per conto di un'altra* senza aggiungere che debba anche compierlo in *nome dell'altra*, il che invece è essenziale nella rappresentanza.

b) L'art. 1744 codice civile fa espressamente l'ipotesi che il mandatario abbia agito in *nome proprio*, ed aggiunge che in questo caso l'affare concluso non passa direttamente al mandante, che vi rimane estraneo. È questo dunque un caso, espressamente contemplato dalla legge, di mandato senza rappresentanza.

c) In diritto commerciale abbiamo, è vero, l'art. 349 codice di commercio, che definisce il mandato come avente per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto ed in nome del mandante, facendo credere così che del mandato commerciale sia requisito la rappresentanza. Ma altre disposizioni ci mostrano come non sia stata questa l'intenzione del legislatore; così, ad es., gli art. 380-381 codice di commercio, regolano un caso di mandato senza rappresentanza. Infatti il contratto di commissione non è che un mandato, come dichiara l'art. 380, il quale stabilisce che tra committente e commissionario esistono gli stessi diritti e doveri come tra mandante e mandatario. Eppure questa forma di mandato esclude la rappresentanza, perchè lo stesso articolo 380 dice che la commissione ha per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto del committente, ma *a nome del commissionario*, e l'art. 381 aggiunge che il commissionario è obbligato direttamente verso la persona, con la quale ha contratto, come se l'affare fosse suo. Ciò dimostra evidentemente che la commissione è un mandato senza rappresentanza (1).

---

(1) Escluso che la rappresentanza sia l'elemento essenziale e caratteristico del mandato, la dottrina è stata risospinta in alto mare circa la distinzione fra mandato e locazione d'opera. Si sono così moltiplicati i tentativi di distinzione. Lo SRAFFA (*Del mandato commerciale e della commissione*, in *Commentario al codice di commercio*, vol. IV, pag. 17 e seg.), distingue il mandato dalla locazione d'opera, per ciò che il mandato ha per oggetto la *trattazione* di negozi giuridici, intesa la parola «trattazione» nel senso più ampio comprendente sia lo stadio preparatorio del negozio come la sua conclusione. Al contrario, la locazione d'opera avrebbe per oggetto il compimento di atti materiali, per il quale è possibile che il locatore abbia la rappresentanza del conduttore. L'elemento della rappresentanza potrebbe così riscontrarsi anche nella locazione d'opera, come potrebbe mancarvi, ed egualmente potrebbe riscontrarsi, ma potrebbe anche mancare nel mandato, perchè vi sarebbe mandato, anche quando il mandatario fosse incaricato solo della preparazione e non della conclusione del negozio. Il carattere vero distintivo fra locazione d'opera e mandato sarebbe dunque questo, che nella locazione si avrebbe compimento di atti materiali, mentre nel mandato si avrebbe compimento di atti giuridici, almeno preparatorî. Questa dottrina dello SRAFFA ha certo molti pregi, e fra l'altro questo di aver posto in luce che per darsi mandato basta che vi sia incarico di preparare il negozio giuridico, anche senza la facoltà di concluderlo, ma a tale dottrina si deve

Dato invece il concetto più sopra esposto di rappresentanza, i rapporti fra rappresentanza e mandato rimangono delineati molto nettamente. Tanto il mandato quanto la rappresentanza fanno parte della più ampia categoria di casi, in cui taluno pone a disposizione altrui la propria facoltà di volere per concludere un negozio giuridico. Ma, mentre il mandato ci presenta un caso, nel quale la distinzione tra il soggetto della dichiarazione di volontà e il destinatario dello scopo, a cui la dichiarazione è rivolta, rimane un rapporto interno, che non vien fatto dal dichiarante conoscere ai terzi, al contrario nella rappresentanza abbiamo un caso, anzi il caso tipico della

---

sempre fare il rimprovero di non esser abbastanza precisa nel determinare in che cosa debba consistere questa preparazione del negozio giuridico, la quale basta a rendere mandato il contratto, giacchè vi sono casi di locazione, che hanno anch'essi per oggetto la preparazione di negozi giuridici: così compiono atti preparatorî di negozi giuridici il mediatore, l'interprete, il commesso che tiene la corrispondenza, i quali sono tutti locatori d'opera.

Un progresso ulteriore segna la dottrina del VIVANTE (*Trattato di diritto commerciale*, 4ª ediz., I, n. 254), il quale dice che la differenza fra mandato e locazione d'opera sta in ciò, che il mandatario ha sempre la facoltà di prendere una deliberazione intorno al negozio giuridico del principale; mentre la conclusione ulteriore del negozio può essere affidata al mandatario, ma può anche non esserlo. Il locatore d'opera invece non delibera, ma trova la deliberazione già bella e presa dal principale e la eseguisce. Quindi il mandatario delibera la conclusione del negozio, il rappresentante lo conclude, il locatore d'opera lo eseguisce con opere materiali. Notevoli sono i meriti di questa dottrina. Il VIVANTE ha inteso perfettamente che il mandatario pone a disposizione del mandante la propria attitudine a volere giuridicamente, mentre il locatore d'opera pone a disposizione del conduttore la propria attività materiale o intellettuale, senza intervenire personalmente nella costituzione del negozio giuridico. Il VIVANTE ha poi notato benissimo la diversità tra la cooperazione giuridica del mandatario e quella del rappresentante, cioè che, mentre il mandatario si limita a volere per il mandante, il rappresentante conclude addirittura il negozio per il rappresentato.

Tuttavia anche questa dottrina del VIVANTE non può soddisfare completamente. Non è esatto il dire che il mandatario delibera e il rappresentante conclude, perchè anche il rappresentante delibera. Se il rappresentante non avesse anche il potere di deliberare, esso non sarebbe più un rappresentante, ma un semplice *nuncius*. Inoltre è troppo ristretta la concezione che del locatore d'opera ha il VIVANTE come un esecutore del negozio giuridico, mentre il locatore d'opera, che

separazione fatta conoscere ai terzi nella dichiarazione della volontà. Pertanto, mentre il mandatario rimane organo degli interessi del mandante nei rapporti puramente interni, il rappresentante si manifesta ai terzi in questa sua qualità nella dichiarazione. E, quindi, il mandatario delibera il negozio nell'interesse del mandante, ma lo conclude di fronte ai terzi come proprio, mentre il rappresentante lo delibera e lo conclude come altrui. Tutto ciò si traduce molto semplicemente nella formula: *il mandatario agisce per conto altrui, ma in nome proprio; il rappresentante agisce per conto ed in nome altrui.*

---

pone a disposizione del conduttore la propria attività, manuale o intellettuale, può tanto eseguire un negozio giuridico, quanto servire ad altri scopi del principale: per es., costruire un edificio, difendere una causa, curare una malattia. Il VIVANTE ha modificato alquanto, nella 5ª edizione del suo *Trattato*, I, n. 246 e seg., l'esposizione della teoria generale della rappresentanza. La distinzione è ora da lui così formulata (n. 254): «Il mandato contiene l'incarico di *amministrare* uno o più *affari* pel principale; la rappresentanza l'incarico di *concluderli* in nome del principale; la locazione d'opera l'incarico di *eseguirli* ». Questa nuova formula sfugge a qualcuna delle obbiezioni formulate più sopra, ma non può dirsi nemmeno soddisfacente, perchè non mette in rilievo l'elemento vero di distinzione fra le tre figure, anche per il significato ambiguo delle parole *amministrare* e *affari*, che possono esprimere concetti più o meno ampi e sono infatti adoperati in senso non uniforme nella stessa formulazione del VIVANTE. È evidente, per esempio, che gli affari che il locatore di opera può essere chiamato ad *eseguire*, o gli affari che il mandatario *amministra* non sono soltanto negozi giuridici (in rapporto ai quali non si potrebbe nemmeno parlare a stretto rigore di *amministrare*), mentre gli affari che il rappresentante *conchiude* non possono essere che negozi giuridici. Assai meglio è formulata la distinzione a pag. 273: «il locatore d'opera è un *cooperatore materiale* del principale; il mandatario e il rappresentante sono i suoi *cooperatori giuridici*, l'uno nell'*interno* dell'azienda, l'altro *nelle sue relazioni coi terzi* ». Qui la distinzione tra mandatario e rappresentante è messa in rilievo in modo perspicuo, in conformità di quanto è da noi sostenuto. Meno precisa ci sembra la distinzione per ciò che riguarda il locatore d'opera, a proposito del quale, tra l'altro, può parlarsi di cooperazione *materiale* solo in senso relativo, come contrapposto a cooperazione *giuridica*, giacchè, in un senso assoluto, sarebbe strano denominare cooperatore *materiale* chi mette a disposizione di altri la propria opera *intellettuale*. La vera distinzione sta in ciò, che il locatore d'opera non compie per altri negozi giuridici, mentre il mandatario e il rappresentante sono incaricati di compierli.

Si intende che la rappresentanza può essere abbinata al mandato. Dal punto di vista del rapporto coi terzi la rappresentanza assorbe il mandato, in questo senso che la facoltà di agire in nome e per conto altrui contiene la facoltà di agire per conto altrui; ma nei rapporti interni il mandato permane e regola i rapporti tra rappresentante e rappresentato, che restano rispettivamente mandatario e mandante.

In tal modo anche il problema della distinzione tra mandato e locazione d'opera è risolto. E precisamente, fra locazione d'opera e mandato vi sono differenze analoghe a quelle fra locazione d'opera e rappresentanza. Infatti, mentre la locazione d'opera appartiene a quel gruppo di casi, in cui chi agisce per altri pone a disposizione di questi non le proprie attitudini a volere, ma la propria opera manuale o intellettuale, il mandato appartiene al secondo gruppo di casi, che comprende anche la rappresentanza, in cui chi agisce per altri pone a disposizione altrui la propria attitudine a volere, e quindi compie per altri non un'opera materiale, ma un negozio giuridico, cioè una dichiarazione di volontà.

81. IV. *Presupposti della rappresentanza.* — Vediamo anzitutto quali sono i presupposti della rappresentanza, vale a dire le condizioni necessarie affinchè una dichiarazione di volontà sia posta in essere da una persona per conto e in nome di un'altra. Queste condizioni sono sostanzialmente tre:

A) In primo luogo *la facoltà di rappresentare.* Questa facoltà può derivare da due fonti, vale a dire da una situazione di fatto indipendente dalla volontà del rappresentato (rappresentanza *legale*) e da una dichiarazione di volontà del rappresentato (rappresentanza *volontaria*).

La rappresentanza legale è sempre connessa a una determinata qualità rivestita dal rappresentante, o a una determinata situazione giuridica, in cui egli si trova. Rappresentanti legali sono il genitore esercente la patria potestà (art. 224 e 231 codice civile); il tutore o protutore (art. 266, 277, 1303 codice civile): i curatori speciali, e cioè: curatore al ventre (art. 236), curatore dell'art. 233, curatore dell'art. 327 ultimo capoverso, codice civile e 839 capov., cod. procedura civile; curatore speciale testamentario nel caso dell'art. 247;

immesso nel possesso dei beni dell'assente (art. 28, 29); erede con beneficio d'inventario (art. 955); curatore dell'eredità giacente (art. 982, 983 codice civile e art. 898, 875, 876, 877 codice di proc. civile); curatore nel fallimento; *negotiorum gestor* nel caso della così detta gestione rappresentativa (art. 1144 codice civile).

Si ha invece la rappresentanza volontaria, quando taluno, con una sua dichiarazione di volontà, dà facoltà ad altri di agire in nome e per conto suo. La dichiarazione di volontà, con cui si costituisce un rappresentante, è un negozio giuridico autonomo e precisamente un negozio giuridico unilaterale. Esso implica solamente il conferimento *della facoltà* di rappresentare, e quindi regola solamente il lato esterno del rapporto tra rappresentante e rappresentato, ossia il lato che riguarda i terzi. Il lato interno, cioè i diritti e gli obblighi reciproci fra rappresentante e rappresentato, restano fuori di questione. Essi sono regolati da un altro negozio giuridico che può essere un mandato, una locazione d'opera, un contratto di società, un deposito bancario (in cui la banca depositaria ha obbligo di eseguire i pagamenti in nome del depositante, quando egli ordini ciò mediante *chèques*). In breve può dirsi che a qualunque negozio giuridico può essere unita una dichiarazione di volontà costitutiva di rappresentanza (1); è naturale pertanto che i rapporti interni siano regolati a stregua di questo negozio.

82. Non esiste nel nostro linguaggio giuridico un termine preciso per indicare un negozio giuridico unilaterale costitutivo della rappresentanza. Ciò è dipeso dal fatto che la natura autonoma di questo negozio è stata per lungo tempo disconosciuta e lo si è confuso coi varî negozi giuridici a cui va solitamente connesso e specialmente col mandato. È dunque frequente l'uso della espressione « mandato » per designare il negozio costitutivo della rappresentanza; anzi nel nostro linguaggio legislativo questa confusione è normale.

---

(1) Questa constatazione non deve però portare a negare l'autonomia del rapporto giuridico della rappresentanza, come sembra fare il VIVANTE, *Trattato*, I, n. 248 *bis*, nota 4.

Per evitare equivoci noi designeremo il negozio costitutivo della rappresentanza col nome di *procura* o *conferimento di poteri* (1).

La procura è dunque un negozio autonomo, il quale, come non va confuso cogli svariati negozi, a cui può essere eventualmente connesso, così non va confusa coi negozi, che il rappresentante può compiere in virtù della procura. Questi negozi sono da distinguersi dalla procura, sebbene dipendano da quella, ma nel senso solo che la procura ne rappresenta il presupposto; i varî negozi invece posti in essere dal rappresentante, che si sogliono chiamare negozi rappresentativi, sono e rimangono essenzialmente dichiarazioni di volontà *del rappresentante*, come abbiamo veduto, quando si è parlato del fondamento della rappresentanza. Se infatti nella rappresentanza si ha un caso di scissione fra l'autore dell'atto di volontà e il destinatario dello scopo, è chiaro che la dichiarazione di volontà del rappresentante è dichiarazione della *sua* volontà. Questa distinzione fra procura e negozio rappresentativo è interessante sotto varî aspetti.

Anzitutto riguardo alla *forma*, che deve rivestire la procura. Una opinione assai diffusa ritiene che la procura con cui si dà facoltà di compiere un negozio formale, debba essere conferita con le stesse forme prescritte per il negozio, che il rappresentante deve compiere. Ma evidentemente questa opinione si basa sulla confusione fra la procura e il negozio

---

(1) Il termine *procura* è proposto dal Nattini, *La dottrina generale della procura*, Milano 1910, pag. 4 e seg. Avvertiamo però che il Nattini chiama procura così il negozio costitutivo della rappresentanza come la rappresentanza che da questo negozio deriva. Procura sarebbe dunque per lui anche la rappresentanza volontaria in contrapposto alla rappresentanza legale. Noi accettiamo la denominazione di procura per il negozio costitutivo della rappresentanza, ma non riteniamo opportuno, e meno che mai necessario, il dare una denominazione uguale alla rappresentanza che ne deriva, giacchè questa denominazione particolare potrebbe far nascere l'opinione erronea che la rappresentanza derivante da procura sia sostanzialmente diversa dalla rappresentanza legale, mentre ciò non è. Il Pacchioni, *Addizioni* a Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Dei contratti aleatori*, pag. 755 e seg., preferisce le espressioni *autorizzazione rappresentativa* per indicare l'atto, mediante il quale è dato il potere rappresentativo, e *legittimazione rappresentativa* per indicare l'esistenza di tale potere.

rappresentativo. Se invece si ammette che si tratta di veri distinti negozi giuridici, e che il negozio rappresentativo contiene unicamente una dichiarazione di volontà del rappresentante, è evidente che non si può estendere alla procura quell'obbligo di una forma determinata, che la legge prescrive per il negozio rappresentativo (1).

La verità è precisamente questa: il negozio rappresentativo sta a sè; e pertanto non si possono estendere alla procura le disposizioni scritte per il negozio rappresentativo in materia di forma, senza violare quel principio fondamentale, su cui abbiamo più volte insistito ed è così spesso dimenticato, che la regola generale nel diritto moderno è la libertà delle

---

(1) È strano che uno scrittore come il Nattini, op. cit., il quale afferma pure energicamente la distinzione fra *procura* e *negozio rappresentativo*, voglia poi estendere alla procura le formalità prescritte dalla legge per il negozio rappresentativo, almeno rispetto agli atti enumerati dall'art. 1314, per la ragione che l'effetto del negozio rappresentativo, cioè il trasferimento della proprietà dell'immobile al rappresentato, dipende appunto dalla procura. In tal modo il Nattini distrugge l'autonomia della procura e la rende, non più soltanto un *presupposto della ripercussione nel rappresentato* degli effetti giuridici del negozio rappresentativo, ma addirittura un elemento del negozio rappresentativo. La questione si dibatte particolarmente per il contratto di trasferimento della proprietà sopra gli immobili di cui l'art. 1314 cod. civ. La dottrina da noi accolta ha autorevoli sostenitori: Chironi, *Questioni di dir. civile*, Torino 1890, pag. 200; Vivante, *Trattato*, I, n. 251; Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, pag. 33; e, recentemente, Venzi, *Manuale di diritto civile*, Firenze 1922, pag. 518; Appiani, in *Riv. di diritto commerciale*, 1926, I, 217. Prevale però la contraria opinione: Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, pag. 917; Satta, in *Legge*, 1896. I, 390, e gli autori da lui citati: Navarrini, *Trattato*, II, pag. 478. Anche nella giurisprudenza, che fu pure per lungo tempo divisa, è andato sempre più prevalendo questa opinione che è stata infine accolta in varie sentenze della Corte di cassazione del Regno: 22 aprile 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 490); 17 settembre 1925 (*Ivi*, I, 1, 1133); 9 novembre 1925 (*Ivi*, 1925, I, 1, 1183). La giurisprudenza può quindi considerarsi ormai fermata in questo senso. Ma poichè moltissime vendite immobiliari furono in passato eseguite in base a procure verbali, l'affermarsi della giurisprudenza nel senso indicato fece sorgere il pericolo che fossero poste nel nulla contrattazioni eseguite da lunghissimo tempo. È da notare infatti che, trattandosi di atti nulli per difetto di forma, nemmeno l'usucapione decennale avrebbe potuto far acquistare la proprietà (art. 2137 codice

forme e che perciò le norme giuridiche le quali prescrivono una determinata forma sono di stretta interpretazione e non si possono estendere per analogia (1).

83. Un'altra conseguenza derivante dalla distinzione fra la procura ed il negozio rappresentativo è che si deve aver riguardo *alla volontà del rappresentante* per decidere, sia della validità del negozio giuridico, sia della buona o della mala fede, della scienza, o dell'ignoranza nel compimento del negozio stesso. Quindi se la volontà del rappresentante fu viziata da errore, da dolo o da violenza, il negozio giuridico è annullabile, benchè il rappresentato abbia voluto quel negozio che il rappresentante non volle. Così è decisiva la scienza o l'ignoranza del rappresentante, non quella del rappresentato, per determinare la conoscenza dei vizi della cosa comprata e quindi l'ammissibilità della redibitoria; per stabilire l'esistenza del *consilium fraudis* nella revoca degli atti fraudolenti; si avrà riguardo alla buona o mala fede del rappresentante per determinare l'esistenza della buona fede nel possesso, ecc. (2).

---

civile). Sicchè tutte le vendite eseguite da meno di un trentennio avrebbero potuto essere poste nel nulla; e l'aumento di valore delle proprietà immobiliari avrebbe facilmente indotto parecchi a valersi di questa nullità. Di qui la necessità del regio decreto-legge 7 gennaio 1926, n. 12, per sanare i contratti di compra-vendita avvenuti in base a procura verbale anteriormente al decreto medesimo. Trattavasi in gran parte di piccoli acquisti fatti specialmente nell'interesse di nostri emigrati che rimettevano i loro risparmi a persona famigliare, la quale provvedeva poi ad investirli nell'acquisto di case o di piccoli fondi a nome del parente lontano. Il decreto menzionato non riguarda le contrattazioni successive al decreto stesso. Ma esso risolve ormai legislativamente la questione di principio, e in senso contrario a quello propugnato nel testo. Il suo valore giuridico è quello di aggiungere un altro atto alla numerazione dell'art. 1314 del codice civile.

(1) Vedasi *retro*, § 21.

(2) Si discute anche se sia necessario per la validità dell'atto che il rappresentante abbia la piena capacità giuridica. Non si dubita che il rappresentante debba essere capace di dichiarare la propria volontà: ma si discute se le incapacità legali impediscano la rappresentanza, in modo speciale se il minore non emancipato, l'inabilitato possano validamente compiere, come rappresentanti, quegli atti che sarebbero loro vietati

In ultimo la distinzione fra procura e negozio rappresentativo conduce alla conseguenza che il *contratto conchiuso dal rappresentante* è un *contratto fra presenti*, benchè il rappresentato sia lontano, e quindi va regolato con le norme di contratti fra presenti (1).

Può darsi che taluno si arroghi una facoltà di rappresentare che non gli fu conferita o che gli è cessata; e manchi quindi il presupposto della rappresentanza. Si ha allora un rappresentante apparente (*falsus procurator*). In tale caso il negozio compiuto dal preteso rappresentante è completamente invalido. Infatti non può produrre effetti come negozio rappresentativo mancando la rappresentanza, non può produrre effetti come negozio proprio del preteso rappresentante, perchè compiuto da questi non in nome e per conto proprio, cioè non per sè, ma per altri. Rimane, certo, l'obbligo del

---

per conto proprio. Prevale, e giustamente, l'opinione che sia da far capo al rappresentato e non al rappresentante per decidere della capacità personale necessaria alla valida conclusione dell'affare e che sia indifferente la capacità del rappresentante. Sull'argomento, si consultino gli scritti di PACCHIONI e di BRUGI, in *Riv. di dir. comm.*, 1916, I, 37 e 429. Si ritiene invece generalmente che, nel caso di procura specifica per l'acquisto di una determinata cosa, la scienza che il rappresentato abbia dei vizî della cosa comperata esclude l'azione redibitoria, come egualmente la scienza del rappresentato circa la mancanza nel possessore del diritto di disporre della cosa esclude la buona fede, ai fini dell'art. 707 codice civile. Queste conseguenze si sogliono giustificare o col ritenere che, nel caso di procura specifica, la volontà del rappresentato concorra con quella del rappresentante nella conclusione del negozio giuridico: TARTUFARI, *Della rappresentanza*, Torino 1892, n. 441 e seg., o in base al principio generico della buona fede, per cui il rappresentato non deve valersi della procura per eludere i divieti che lo colpirebbero se agisse personalmente: VIVANTE, *Trattato*, I, n. 249, ovvero, in fine, col rilevare che i vizî, di cui sia affetta la procura si riverberano sul negozio rappresentativo, di cui la volontà del rappresentato, necessaria per la costituzione della procura, costituisce il presupposto: NATTINI, op. cit. Di queste varie spiegazioni solo quella del VIVANTE è compatibile col principio della autonomia della procura e della distinzione tra procura e negozio rappresentativo.

(1) Conf. Cass. Torino, 8 maggio 1903 (*Temi genov.*, 1903, 487); App. Trani, 3 febbraio 1914 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1914, voce *Commesso viaggiatore*, n. 3); Cass. del Regno, 14 marzo 1924 (*Settimana della cassazione*, 1924, 139).

rappresentante apparente di risarcire i danni, e questo obbligo consisterà appunto nel procurare al terzo tutti i vantaggi che gli sarebbero derivati dal negozio, ma ciò è ben differente dalla validità del negozio stesso.

Rispetto invece al preteso rappresentato si può dubitare se egli possa ratificare il negozio e farlo proprio. La risposta affermativa non ci pare dubbia, per quanto si tratti qui di un negozio non semplicemente annullabile, cioè nullo di nullità relativa, posta a favore di una determinata persona e che solo da questa può essere fatta valere, ma di una nullità assoluta, perchè la inefficacia del negozio compiuto dal *falsus procurator* vale di fronte a tutti e non già di fronte al solo rappresentato. Tuttavia, dal carattere assoluto di tale nullità deriva solo che la convalidazione del negozio non può aver luogo mediante rinuncia del preteso rappresentato a fare valere la nullità, ma occorre invece che questi faccia proprio il negozio, accettando il fatto compiuto. Ciò significa in sostanza, che la consueta forma di ratifica, vale a dire la ratifica-rinuncia è, in questo caso insufficiente, ed occorre, per consolidare il negozio, una forma più complessa di ratifica, per cui il rappresentato conferisca *ex post* i poteri necessari, dando a questo conferimento effetto retroattivo (*ratifica-accettazione*) (1).

Invece non crediamo possibile considerare il rappresentante apparente come un intermediario tra il terzo e il preteso rappresentato e trattare il negozio conchiuso come una offerta rivolta dal terzo al preteso rappresentato a mezzo del rappresentante apparente (2). Qui non vi ha offerta, ma negozio già conchiuso, per quanto nullo. Si può perciò parlare di convalidazione successiva alla nullità, ma non di perfezione del negozio, perchè un negozio già formato non si può considerare come una offerta unilaterale. Si può solo dubitare se

---

(1) Circa le varie specie di ratifica e particolarmente circa la distinzione tra *ratifica-rinuncia* e *ratifica-accettazione*, si cons. Rocco, in *Rivista di dir. comm.*, 1910, II, 178-192.

(2) Così sembra che faccia il Vivante, *Trattato*, I, n. 265 *bis*, nota 45, applicando l'art. 36 codice di commercio. Nettamente si esprimeva in questo senso nelle precedenti edizioni: vedi, per es., 2ª ediz., n. 260.

l'accettazione del preteso rappresentato sia sufficiente a convalidare il negozio: noi propendiamo per la risposta affermativa e riteniamo la ratifica-accettazione un *negozio unilaterale*, tale e quale come la procura, anche quando si riferisca a un *contratto* conchiuso dal preteso rappresentante. Solo, poichè la nullità del negozio rappresentativo non è sanata fino alla accettazione, potrà sempre il terzo, se venga a conoscenza della nullità del negozio, farla valere e impedire la ratifica. Ma questo disconoscimento del terzo non è già la revoca di una offerta contrattuale, è un modo di fare valere la nullità del negozio.

84. *B*) Occorre in secondo luogo, perchè vi sia rappresentanza, la cosidetta *contemplatio domini;* occorre cioè, come si è visto, che sia completo il processo di esteriorizzazione della non coincidenza tra il soggetto della volontà e il destinatario dello scopo; occorre pertanto che il rappresentante, nella stessa dichiarazione di volontà, faccia intendere al terzo, a cui la dichiarazione è rivolta, che egli agisce per uno scopo altrui, o come si dice comunemente, è necessario che egli agisca *in nome* del rappresentato. Il terzo deve dunque sapere che egli entra in rapporti giuridici col rappresentato e non col rappresentante, e lo deve sapere al momento in cui la dichiarazione di volontà è emanata. Se il rappresentante non agisce in nome del rappresentato, l'effetto specifico della rappresentanza vien meno; si avrà un caso di esteriorizzazione imperfetta del rapporto di organo, e gli effetti della separazione fra l'autore della dichiarazione della volontà e il destinatario dello scopo rimarranno puramente interni. In altri termini, gli effetti giuridici della dichiarazione di volontà si produrranno rispetto al rappresentante, e non rispetto al rappresentato (1).

---

(1) In questo caso occorre, almeno secondo l'opinione dominante, un successivo negozio giuridico, cioè, uno speciale atto di trasferimento perchè gli effetti del negozio giuridico posto in essere dal rappresentante vadano attribuiti al rappresentato: vedi SCADUTO, *La rappresentanza mediata nell'acquisto dei diritti*, in *Rivista di diritto comm.*, 1925, I, 525 e seguenti.

85. *C*) Infine è necessario che il rappresentante agisca entro i limiti della rappresentanza conferitagli. I limiti della rappresentanza sono stabiliti dalla legge o dalla procura. Spetta ai terzi, a cui la dichiarazione è rivolta, nei casi in cui la loro volontà è richiesta per la perfezione del negozio, di informarsi dei limiti della rappresentanza, e, quando questa dipende da una procura, del contenuto della procura. Se la procura è stata data per iscritto, ed esiste quindi un documento di procura, il terzo ha certamente facoltà di farselo esibire e il rappresentante è obbligato a dargliene comunicazione (cod. di comm., art. 359) (1). La procura, comunque formata, determina rigorosamente i limiti della rappresentanza; questi limiti non si possono oltrepassare, anche quando il negozio da concludere appaia più vantaggioso di quello autorizzato. Per esempio: se il rappresentante fu incaricato di comperare a contanti, non sarà efficace, nei rapporti col rappresentato, una vendita a credito.

Può darsi che il rappresentante ecceda i suoi poteri. In questo caso, in quanto li ha ecceduti, il negozio rappresentativo non produce effetti nei riguardi del rappresentato (2). Tuttavia si deve fare una distinzione tra il *rappresentante che eccede i suoi poteri* e il *rappresentante apparente*. La differenza non consiste già, come si afferma di solito (3), in ciò, che nel caso del rappresentante, che eccede i poteri, è ammessa la ratifica, mentre è esclusa nel caso del rappresentante apparente, perchè, come abbiamo veduto, la ratifica, intesa come *ratifica-accettazione*, è ammessa anche nel caso del falso rappresentante. E anche nel caso del rappresentante, che eccede i poteri, la ratifica ammessa è la *ratifica-accettazione*, perchè il negozio concluso fuori dei limiti della rappresentanza è

---

(1) Nel caso che la procura sia stata data per iscritto, il rappresentato non può opporre al terzo contraente di buona fede le limitazioni alla procura non risultanti dal documento da lui trasmesso al rappresentante e da questi esibito al terzo, salvo che il terzo ne abbia avuto notizia al momento della contrattazione: App. Napoli, 2 dicembre 1907 (*Foro ital.*, 1908, I, 258); Cass. Torino, 23 ottobre 1920 (*Ivi,* 1921, I, 70, con nota di Segrè).

(2) Conf. Cass. del Regno, 31 marzo 1924 (*La Corte di cass.*, 1924, 791).

(3) Vivante, *Trattato,* I, n. 265 e seguenti.

nullo, al pari di quello concluso dal non rappresentante, e non può essere convalidato che con una accettazione posteriore.

La differenza sta invece unicamente nella misura della responsabilità del rappresentante verso il terzo. Il rappresentante apparente è sempre responsabile dei danni, perchè la colpa eventuale del terzo, che ha partecipato all'atto, dipendente dal non essersi egli accertato dell'esistenza della facoltà di rappresentare, non esclude mai la colpa del rappresentante apparente. Questi è in colpa, appunto, perchè si è fatto credere quello che non era. Invece il rappresentante, che eccede i suoi poteri, non è sempre responsabile, perchè qui la colpa non è insita *in re ipsa*, ma occorre dimostrarla. E nel dimostrare la colpa bisogna tenere sempre presente che il terzo, che partecipa all'atto, ha anch'egli obbligo di informarsi dei limiti dei poteri del rappresentante, di modo che accadrà non di rado che vi sia compensazione fra la colpa dell'uno e quella dell'altro.

86. V. *Forme speciali di rappresentanza commerciale.* — Delineata in tal modo, a larghi tratti, la teoria generale della rappresentanza, così interessante per il diritto commerciale, perchè appunto in materia commerciale la rappresentanza trova le sue più larghe e frequenti applicazioni, diciamo ora di alcune forme speciali, che la rappresentanza assume in materia commerciale.

A) *Rappresentanza degli institori* o *rappresentanza institoria* (cod. di comm., art. 367-377). È institore colui che esercita il commercio in nome e per conto altrui (cod. di comm., art. 367). La figura dell'institore risulta da due elementi; in primo luogo, dalla stabilità del rapporto, che lo lega al principale; in secondo luogo, dalla natura particolare della rappresentanza, di cui è investito.

a) Il rapporto interno, che lega l'institore al principale, è di regola una locazione d'opera. L'institore pone stabilmente a disposizione altrui la propria attività materiale e intellettuale per l'esercizio del commercio, che gli è affidato. Il contratto, in virtù del quale l'institore si obbliga ad esercitare il commercio per conto del principale, è un contratto di locazione d'opera, perchè la direzione di un'azienda commer-

ciale è còmpito di tanta importanza e di tanta durata, da richiedere effettivamente l'impiego di lavoro materiale e intellettuale e non semplicemente della attitudine a volere. Per questa ragione noi escludiamo che si abbia qui un mandato; il mandato, avendo per oggetto la esplicazione delle facoltà volitive del mandatario, è sempre di necessità un contratto, che impegna in modo limitato il mandatario e non implica mai l'assorbimento durevole e intenso della sua attività a favore del mandante. Perciò si può considerare mandatario chi si pone a disposizione altrui per la conclusione di uno o di pochi negozi giuridici; si può considerare mandatario, in un certo senso, il consigliere d'amministrazione di una società, che assiste di tanto in tanto alle riunioni di un consiglio, ma non è mandatario chi pone a disposizione altrui tutta o in gran parte la sua attività in modo continuativo. È proprio praticamente inconcepibile che si ponga a disposizione di altri solo la propria attività volitiva in modo permanente; se ciò avviene significa che, oltre all'attività volitiva, si impiega anche l'opera intellettuale e materiale, che è sempre necessaria, quando si tratta di preparare una serie notevole e coordinata di negozi (1).

Il contratto dunque che lega al principale l'institore è un contratto di locazione d'opera e non un mandato (2) ed è precisamente un contratto, per cui l'institore si obbliga a esercitare il commercio per conto del principale in modo stabile, contro una mercede, che può essere pattuita nei più svariati modi. Di solito all'institore è dato uno stipendio ed

---

(1) Questa differenza fra mandato e locazione d'opera, risultante dalla distinzione già da noi posta, spiega perchè di solito il mandato sia gratuito e perchè il diritto romano abbia considerato la gratuità come elemento essenziale del mandato. Se, quando si presta per altri la propria attività volitiva soltanto, questa prestazione è di necessità isolata e frammentaria, si capisce, che la prestazione di un'attività simile sia fatta senza corrispettivo.

(2) Conf. App. Bologna, 18 settembre 1907 (*Temi*, 1907, 930); Appello Firenze, 10 aprile 1917 (*Ragg. giur.*, 1917, 183); Cass. del Regno, 14 luglio 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Institore*, n. 34 e 35). Contro: Navarrini, *Trattato*, IV, n. 1502, il quale in sostanza nega il carattere differenziale da noi esposto nel testo fra mandato e locazione d'opera.

una provvigione, cioè una percentuale sul valore degli affari conchiusi. Qualche volta all'institore è data anche una partecipazione agli utili.

b) Ma l'institore non è solo locatore d'opera, esso è anche (e in taluni casi può essere soltanto) un rappresentante. La rappresentanza dell'institore deriva da una procura connessa al contratto di locazione d'opera. Solo eccezionalmente può darsi che la rappresentanza institoria non derivi da una procura, ma sia una rappresentanza legale; per esempio: il genitore esercente la patria potestà o il tutore, quando siano autorizzati a esercitare il commercio per conto del minore (art. 12 cod. di comm.) assumono la figura giuridica di institori, sebbene la loro rappresentanza derivi dalla qualità giuridica di genitore o di tutore e non da una procura (1). Ad ogni modo, salvi questi casi, in tutti gli altri la rappresentanza dell' institore deriva sempre da una procura connessa a un contratto di locazione d'opera (2).

Come rappresentante, la figura giuridica dell'institore è affatto particolare. Egli è un *rappresentante generale*. O, in altri termini, la rappresentanza dell'institore ha una particolare ampiezza, dovuta alla natura stessa dell'incarico, che gli è conferito. Se egli ha l'incarico d'esercitare il commercio per conto del suo principale, è naturale che sia autorizzato a compiere tutti gli atti, che sono necessari per l'esercizio del commercio, e che la sua rappresentanza si estenda a tutti gli atti, che occorrono per l'esercizio del commercio a cui è proposto.

L'ampiezza dunque della rappresentanza, ossia del lato esterno della figura dell'institore, è una conseguenza dell'ampiezza e della stabilità dell'ufficio, che gli è conferito, e cioè un riflesso necessario della natura del rapporto interno, che lo lega al principale.

---

(1) Vedi, per es., Cass. Roma, 14 novembre 1918 (*Giur. ital.*, 1919, I, 1, 449).

(2) Quando manchi la rappresentanza non può parlarsi di institore; tale non è il semplice agente, il cui còmpito sia quello di procacciare affari, subordinati all'accettazione da parte di chi gli abbia dato l'incarico: Cass. del Regno, 20 aprile 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Institore*, n. 6). Vedi anche App. Genova, 16 novembre 1925 (*Temi genovese*, 1925, 428).

Ci occuperemo qui soltanto di quello che si suol chiamare il lato esterno del rapporto, ossia dell'institore come rappresentante, e non dal lato interno, cioè dell'institore come locatore d'opera nei suoi rapporti d'opera col principale.

87. La procura, che conferisce all'institore la facoltà di rappresentare, può risultare da un atto *pubblicato* a termini dell'art. 369, vale a dire, *depositato* nella cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione l'institore deve esercitare il suo ufficio, *trascritto* nel registro a ciò destinato, *affisso* secondo le disposizioni dell'art. 9 codice di commercio, e *pubblicato* nel *Giornale degli annunzi giudiziari* (1). Questa forma di procura pubblica è dalla legge chiamata, non esattamente, *mandato espresso*.

Può invece la procura non essere pubblicata. Si ha allora quello che il codice, sempre poco esattamente, chiama *mandato tacito*, mentre la procura può anche in questo caso non essere affatto tacita, ma risultare perfino da atto scritto (2).

La differenza tra la procura pubblicata e quella non pubblicata, sta in ciò: che nella procura pubblicata la legge consente di limitare la rappresentanza dell'institore, mentre nella procura non pubblicata, non è consentita alcuna limitazione; o per meglio dire le limitazioni non possono essere opposte ai terzi, se il preponente non prova che i terzi le conoscevano (art. 368 e 370 cod. di comm.) (3).

---

(1) Altre forme di pubblicità, diverse da quelle prescritte dalla legge, non potrebbero essere a queste sostituite, come, per es., circolari, avvisi nei giornali, ecc. Queste forme diverse non varrebbero a far considerare come pubblicato l'atto di procura; e, per conseguenza, le limitazioni ai poteri dell'institore contenute nella procura non sarebbero opponibili ai terzi, salva la prova che essi le conoscessero al momento della contrattazione, così come è stabilito per le procure non pubblicate: Cass. Roma, 25 febbraio 1918 (*Giur. ital.*, 1918, I, 1, 1071).

(2) Lo scritto non è però necessario. L'esistenza della procura institoria può risultare anche da altri elementi: Cass. Torino, 31 dicembre 1921 (*Mon. trib.*, 1922, 262). Vedi anche: Cass. del Regno, 17 settembre 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Institore*, n. 24).

(3) Cons. Cassazione del Regno, 27 marzo 1925 (*Repertorio* del *Foro italiano*, 1925, voce *Institore*, n. 21-22); Cass. Roma, 25 febbraio 1918

Sorge qui la questione delle *limitazioni*, che possono essere apposte alla procura pubblicata. È evidente che non qualunque limitazione può essere apposta, altrimenti si verrebbe a snaturare la figura dell'institore, che è, essenzialmente, e deve sempre rimanere, un rappresentante generale.

Si sono qui manifestate due opinioni.

Alcuni si rimettono semplicemente all'apprezzamento del giudice, e dicono che non si può fissare con una regola generale il limite delle restrizioni, oltre il quale la rappresentanza perde il grado di preposizione institoria, per passare in una figura più modesta e non vincolata ai doveri legali dello institore (1).

Altri, invece, sostiene che il *minimum* dei poteri dell'institore risulta da un confronto fra gli art. 368 e 370. L'art. 368, posto prima del 369, in cui è fatta la distinzione fra rappresentanza conferita pubblicamente e quella conferita tacitamente, e che perciò devono ritenersi regolari tutte e due le forme di rappresentanza, dice che la rappresentanza dell'institore si estende a tutti gli atti compresi *entro i limiti* del com-

---

(*Giur. ital.*, 1918, I, 1, 1071). Si discute tuttavia se sia indispensabile la conoscenza effettiva delle limitazioni da parte del terzo, o se basti che il terzo potesse conoscerle, usando una normale diligenza. In questo secondo senso: VALERI, in *Rivista di dir. commerciale*, 1921, I, pag. 305; NAVARRINI, *Trattato*, vol. II, n. 1504 *bis*; Cass. Firenze, 12 dicembre 1907 (*Riv. di dir comm.*, 1908, II, 411). Nel caso di procura debitamente pubblicata la conoscenza o l'ignoranza del terzo in ordine alle limitazioni sono indifferenti: Cass. Torino, 15 febbraio 1899 (*Dir. comm.*, 1899, 591). Tuttavia è stato ritenuto che la presunzione *iuris et de iure* di conoscenza del terzo delle limitazioni apposte alla procura, sebbene pubblicata, è stabilita dalla legge negli esclusivi rapporti fra preponente e il terzo, ma non in quelli fra l'institore e il terzo, col quale questi abbia contrattato, e che perciò l'institore è responsabile personalmente verso il terzo di buona fede per tutto ciò che ha fatto oltre i limiti della procura, se non gli ha dato notizia sufficiente delle facoltà ricevute: Cass. del Regno, 10 febbraio 1925 (*Riv. di dir. comm.*, 1925, II, 277); App. Venezia, 3 giugno 1924 (*Ivi*, con nota del CARNELUTTI). Contro: Trib. Venezia, 18 febbraio 1924 (*Riv. di dir. comm.*, 1925, loc. cit.).

(1) VIVANTE, *Trattato*, I, n. 267. Nello stesso senso, sostanzialmente, NAVARRINI, *Trattato*, IV, n. 1505, che ritiene impossibile desumere dal testo della legge un criterio assoluto e quindi opina trattarsi di questione da risolvere caso per caso.

mercio, a cui è preposto. L'art. 370, invece, che si riferisce unicamente alla procura non pubblicata, dice che la rappresentanza derivante da procura non pubblicata si reputa generale e comprende tutti gli atti *appartenenti* e *necessari* all'esercizio del commercio a cui l'institore è preposto. Di qui la distinzione fra gli atti *appartenenti* e gli *atti necessari* all'esercizio del commercio; secondo l'art. 368 ogni procura institoria, pubblicata o non pubblicata, dovrebbe contenere almeno la facoltà di fare gli atti *appartenenti*, cioè costitutivi del commercio, mentre, se la procura non è pubblicata, essa si presume generale e comprende tutti gli atti non solo appartenenti, ma anche necessari all'esercizio del commercio. Il *minimum* dunque di facoltà che la procura deve contenere, e che quindi deve esistere anche nella procura pubblica, riguarda il compimento di tutti gli atti appartenenti al commercio o costitutivi del commercio (1).

Noi non possiamo accettare nè l'una nè l'altra soluzione.

Non la prima, che non risolve la questione, perchè non basta rimettersi all'apprezzamento del giudice, ma bisogna dare al giudice un criterio per distinguere la rappresentanza institoria dalle altre. Neppure la seconda soluzione, perchè è strano che la limitazione s'ammetta proprio per gli atti necessari, mentre, evidentemente, sono appunto gli atti necessari all'esercizio del commercio che ne formano l'elemento costitutivo, e senza di essi l'esercizio del commercio non è concepibile.

Noi crediamo che bisogna appunto distinguere gli atti *costitutivi* del commercio, da quegli *atti accessori*, che però si riferiscono all'esercizio del commercio. Questa distinzione risulta chiara già dall'articolo 370. Quando questo articolo dice che la procura non pubblicata si presume generale, e comprende tutti gli atti appartenenti e necessari all'esercizio del commercio, esso enumera tutti gli atti, che possono

---

(1) Vedi SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione*, in *Comm. al cod. di comm.*, vol. IV, pag. 84 e seg. Il criterio proposto dallo SRAFFA è difeso da VALERI, *Le forme della preposizione institoria*, in *Riv. di dir. comm.*, 1921, I, 293 e seg., n. 15, e in altri scritti anteriori ivi citati. Per giustificarlo egli sviluppa la distinzione, già accennata dallo SRAFFA, tra atti *necessari* e atti *appartenenti* al commercio, in modo che non riteniamo accettabile. Vedasi la nota che segue.

comunque riferirsi al commercio, cioè tanto gli atti costitutivi, senza i quali il commercio non è concepibile, che sono gli *atti necessari*, quanto gli atti, che, pure non essendo indispensabili, si riferiscono tuttavia al commercio, stanno nei limiti del commercio, e che sono appunto gli atti *appartenenti* al commercio (1). È logico pertanto supporre che la procura pubblicata invece, la quale può non essere così generale, possa restringere le facoltà dell'institore ai soli atti costitutivi del commercio, cioè proprio a quelli necessarî, escludendo gli atti connessi, che stanno bensì entro i limiti del commercio, ma non sono indispensabili al suo esercizio. O, in altri termini, il *minimum* di facoltà che deve aver l'institore è qui, come sempre, rappresentato dall'indispensabile, da quelle facoltà, senza le quali l'esercizio del commercio sarebbe impossibile.

Se, dunque, l'art. 370 può fornire un indizio circa il *minimum* di facoltà che deve contenere la procura institoria e quindi delle possibili limitazioni concesse al preponente, la soluzione del problema non si può trovare che nella natura stessa

---

(1) In che consista la distinzione tra atti *appartenenti* e atti *necessari* all'esercizio del commercio è però controverso. Il Valeri, *Il contenuto essenziale della preposizione institoria*, in *Riv. di dir. comm.*, 1914, I, 142 e seg., difendendo la soluzione proposta dallo Sraffa e sviluppando i concetti da cui muove la soluzione stessa, stabilisce la distinzione in senso perfettamente opposto a quello indicato nel testo. Egli intende per atti *appartenenti* quegli atti, che costituiscono l'oggetto specifico del commercio e quelli che servono in modo continuativo a rendere possibile l'esercizio del commercio medesimo, i quali perciò rientrano senza altro nell'orbita ordinaria di esso. Atti *necessari* sarebbero quelli, che, pure rimanendo fuori dell'orbita ordinaria del commercio esercitato, siano indispensabili all'andamento regolare e redditizio dell'azienda. La indispensabilità è peraltro considerata in modo molto relativo perchè, aggiunge il Valeri, siccome l'institore, per la natura stessa delle sue funzioni di mandatario, deve sempre tendere a far produrre all'azienda il massimo possibile rendimento, così qualunque atto, che si presenta come utile all'esercizio del commercio, in quanto è strettamente idoneo ad accrescerne il reddito in qualsivoglia maniera, deve altresì considerarsi atto necessario ai sensi dell'art. 370 (in *Riv. di dir. comm.*, 1921, I, 312). La distinzione così esposta dal Valeri è accolta anche da Navarrini, *Trattato*, II, n. 1504 *bis*. Questa distinzione, però, oltre che essere nettamente contraria al senso stesso delle parole (perchè *necessario* non può voler dire semplicemente utile), non tiene conto della disposizione

della procura institoria. Se la procura institoria è data per rendere possibile l'esercizio del commercio ed è connessa ad un contratto, che contiene appunto l'incarico di esercitare permanentemente il commercio per conto del principale, è evidente che essa deve contenere almeno la facoltà di compiere gli atti necessari all'esercizio del commercio, senza bisogno di continue autorizzazioni speciali, che potrebbero anche essere negate, e che in ogni modo rappresenterebbero un intralcio nella esecuzione del contratto.

Come dunque il rapporto interno di locazione d'opera determina la concessione della procura, così dalla natura del suo oggetto si deve desumere l'estensione della procura. L'errore, a mio avviso, di coloro che si sono occupati di questa materia, è stato quello di isolare completamente il rapporto esterno di rappresentanza dal rapporto interno di locazione d'opera, a cui esso invece, nella realtà della vita, è sempre connesso.

Quanto all'art. 368, da esso non si può desumere nulla circa le possibili limitazioni della procura pubblica: appunto

---

dell'art. 368, la quale traccia l'àmbito normale della procura institoria allorchè stabilisce che il preponente è responsabile dei fatti dell'institore e delle obbligazioni da lui contratte *entro i limiti del commercio al quale è preposto*. Sicchè, quando nel successivo art. 370, la legge distingue tra atti appartenenti e atti necessari, gli uni e gli altri devono sempre rimanere entro i limiti normali del commercio medesimo. Insostenibile, a noi pare, è l'opinione del Valeri, in *Riv. di dir. comm.*, 1914, 115, che l'art. 368 stabilisca soltanto il *minimum* del contenuto della procura, quando parla della estensione della responsabilità del preponente per gli atti compiuti dal preposto, e che invece l'art. 370 presuma un contenuto della procura più ampio di quello, per cui la precedente disposizione stabilisce la responsabilità del preponente. Il che vorrebbe dire che per una parte degli atti compiuti dal preposto, in conformità di quanto la legge presume essere il contenuto della procura, verrebbe meno la responsabilità del preponente, cioè, in altri termini, non vi sarebbe più preposizione institoria. La verità è che l'art. 370 trova il suo completamento nell'art. 368 e che la responsabilità del preponente non può non sussistere per tutti gli atti ai quali l'art. 370 presume che la procura si estenda: Cass. Firenze, 26 novembre 1914 (*Mon. trib.*, 1915, 650); App. Genova, 25 marzo 1904 (*Temi gen.*, 1904, 488). Vedi anche, nella motivazione, Cass. del Regno, 23 giugno 1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 967).

perchè esso riguarda la procura institoria in generale e non l'una o l'altra forma di procura in particolare, ci presenta l'ipotesi normale di procura non limitata, e non quella eccezionale di procura limitata. E usa pertanto una formula che corrisponde perfettamente a quella dell'art. 370 e non è affatto diversa. Dire infatti che la rappresentanza si estende a tutti gli atti compiuti dall'institore entro i limiti del commercio, è precisamente lo stesso del dire che essa comprende tutti gli atti necessarî e appartenenti al commercio.

In conclusione, la procura institoria è una procura essenzialmente generale, che *può* comprendere tutti gli atti comunque appartenenti al commercio, a cui l'institore è preposto, ma che *deve* comprendere *almeno* gli atti necessarî all'esercizio di questo commercio.

Anche però nella sua forma più ampia la procura institoria conferisce poteri che non sono illimitati. Un limite massimo vi è sempre, come vi è un limite minimo, e il limite massimo sta appunto in ciò che l'institore non può fare atti estranei all'esercizio del commercio, a cui è preposto. Quindi:

a) l'institore non può fare atti in contraddizione con l'esercizio del commercio, che gli fu affidato; per ciò non può alienare, nè liquidare l'azienda, nè mutarne la ditta, l'oggetto o il domicilio (1);

b) l'institore può esercitare il commercio dell'azienda, a cui fu preposto, non già creare o alimentare, coi capitali affidatigli, altre aziende, perchè ciò è contrario all'incarico che gli fu commesso.

---

(1) Si discute se l'institore possa vendere o acquistare immobili o ipotecarli. Poichè manca ogni limitazione nella legge, a differenza di quanto avviene per altre legislazioni, e poichè le contrattazioni sugli immobili sono comprese tra gli atti di commercio, si ritiene generalmente che rientrano nei poteri dell'institore tali operazioni: Vivante, *Trattato*, I, n. 272; Valeri, in *Rivista di dir. comm.*, 1921, I, 315, e scrittori ivi citati; App. Venezia, 21 novembre 1924 (*Riv. di dir. comm.*, 1925, II, 255). Se non che, quando con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti si ritenesse la necessità della forma scritta per la procura a vendere o a comprare beni immobili (vedi *retro*, num. 75 e nota), non sarebbe possibile considerare comprese nei normali poteri dell'institore siffatta facoltà, in mancanza di procura scritta.

Il carattere peculiare della rappresentanza institoria, di essere cioè una rappresentanza essenzialmente generale, si manifesta anche in un'altra direzione, in quanto cioè per disposizione di legge (art. 375 codice di commercio) alla rappresentanza di diritto materiale è sempre connessa la rappresentanza di diritto processuale: vale a dire l'institore può sempre promuovere azioni ed essere convenuto in giudizio in nome del preponente, per i rapporti giuridici dipendenti dagli atti da lui intrapresi nell'esercizio del commercio, al quale è preposto (vedi anche codice di commercio, art. 872). Questa rappresentanza giudiziale è per legge connessa alla rappresentanza nei negozi giuridici: il conferimento della rappresentanza institoria dà luogo per disposto di legge al conferimento anche della rappresentanza in giudizio. La quale ha tutto l'aspetto di una rappresentanza non volontaria, ma legale (1). E che si tratti di una rappresentanza legale, di una situazione di fatto, a cui la legge riconnette questo effetto giuridico, e non già di un'estensione presuntiva della rappresentanza volontaria, lo dimostra il fatto che quella rappresentanza giudiziaria, comprende, nell'interesse di terzi, tutte le azioni, qualunque sia il rapporto giuridico da cui derivano, quindi non solo le azioni derivanti da negozi giuridici posti in essere dall'institore, ma anche quelle dipendenti da fatti illeciti dell'institore. Ciò basta a dimostrare che non si tratta di un'estensione presuntiva della procura institoria, la quale evidentemente riguarda i negozi giuridici, compiuti dall'institore, ma non anche i suoi fatti illeciti.

Dal carattere legale di questa rappresentanza deriva che essa non possa essere nè ristretta nè esclusa dal preponente neppure nella procura pubblicata. La legge, infatti, l'ha stabilita a garanzia dei terzi e tale garanzia non può essere diminuita dalla volontà del rappresentato. Nè si dica che i terzi non possono lagnarsi, perchè sono, nella procura pubblicata, avvertiti delle limitazioni apportate alla rappresentanza. Ciò può esser vero per i rapporti volontari, che essi pongono in essere con l'institore, ma, come si è visto,

---

(1) Cass. Firenze, 14 marzo 1923 (*Cons. comm.*, 1923, 406); App. Catania, 5 marzo 1915 (*Giur. di Catania*, 1915, 49).

l'art. 375 è generale e vale sia per i rapporti volontari, sia per i non volontari.

88. Come contrapposto all'ampiezza e generalità della rappresentanza institoria, stanno i particolari obblighi e le particolari responsabilità dell'institore.

L'institore, benchè eserciti il commercio, non è un commerciante (1), perchè esercita il commercio in nome altrui e tutti gli effetti giuridici dei suoi atti si ripercuotono nella persona del principale. Tuttavia egli ha molti degli obblighi che spettano al commerciante, e che deve adempiere, come il principale.

Quindi:

1° l'institore deve provvedere all'adempimento delle formalità richieste dalla legge per l'abilitazione degli incapaci al commercio, ed è responsabile solidamente col preponente delle conseguenze derivanti dall'inosservanza di quelle formalità (art. 373) (2);

2° l'institore è obbligato a provvedere alla regolare pubblicazione del contratto di matrimonio del suo principale e alla domanda di separazione di beni tra esso e il suo coniuge, rispondendo personalmente della inosservanza di queste formalità;

3° l'institore è obbligato a tenere i libri dell'azienda commerciale del suo principale e risponde dell'inosservanza di questo precetto;

---

(1) Cfr. Cass. Firenze, 24 febbraio 1913 (*Ragg. giur.*, 1913, 877).

(2) La legge parla di responsabilità solidale: ma come può ammettersi una responsabilità solidale col proponente incapace? VIVANTE, *Trattato*, I, n. 270, lett. *a*), fa l'ipotesi del padre non autorizzato giudiziariamente a continuare il commercio per il minore, che ne affidi l'esercizio all'institore. Ma in questo caso, obbietta il NAVARRINI, *Trattato*, IV, pag. 154, nota 2, preponente non sarebbe il padre. Nel caso che il preponente sia incapace, la responsabilità non può essere che esclusiva dell'institore. Altri osserva che può concepirsi il vincolo solidale tra una obbligazione valida per l'uno e una annullabile per altri, a causa della incapacità di questo: DE SEMO, *Le obbligazioni solidali*, Roma 1916, pag. 210 e seg. La responsabilità solidale dell'institore e del preponente sussiste indubbiamente negli altri casi enunciati nel testo ai n. 2 e 3. Vedi Cass. del Regno, 3 aprile 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Institore*, n. 37).

4° l'institore in caso di fallimento del principale è punito colla pena della bancarotta semplice o fraudolenta, se abbia commesso nell'esercizio dell'azienda affidatagli qualcuno dei fatti contemplati come reati dagli art. 856, 857, 860 e 861 codice di commercio (confronta codice di comm., art. 862).

89. Dobbiamo ora vedere quali sono le particolarità della rappresentanza institoria rispetto alla conclusione del negozio rappresentativo. Infatti, la caratteristica della rappresentanza institoria, di essere cioè una rappresentanza essenzialmente generale, si riflette non solo sul negozio che vi dà origine, cioè sulla *procura* (del che abbiamo già parlato), ma anche sul negozio posto in essere nell'esercizio della rappresentanza, cioè sul *negozio rappresentativo*.

Le particolarità riguardano il requisito della *contemplatio domini*, necessario perchè la rappresentanza produca i suoi effetti riguardo al negozio rappresentativo. In questa materia la legge si è ispirata al concetto di tutelare il più possibile la buona fede dei terzi ed ha perciò posto due principî.

Ha stabilito anzitutto l'obbligo per l'institore, quando egli compie un negozio giuridico per iscritto, di fare risultare egualmente per iscritto che egli agisce in nome del principale: vale a dire il requisito della *contemplatio domini* deve, in questo caso, risultare per iscritto (codice di commercio, art. 371, principio) (1). Ciò, si noti bene, solo nel caso che il negozio

---

(1) Giusta la dizione letterale dell'art. 371, l'institore deve indicare nella sua sottoscrizione, oltre il proprio nome e cognome, anche il nome e cognome, o la ditta, del preponente, colla clausola «per procura» o altra equivalente. La giurisprudenza ritiene che, anche quando l'institore non abbia incluso la clausola «per procura» o altra equipollente, il precetto della legge sia osservato, se dall'atto stesso risulti che egli abbia contrattato come institore, e che quindi egli non incorre in responsabilità personale, se l'altro contraente non è nell'incertezza sulla persona del preponente, perfino se questa non sia stata nominata: App. Ancona, 19 dicembre 1923 (*Giur. tosc.*, 1924, 80); App. Venezia, 18 gennaio 1921 (*Foro ven.*, 1921, 163); Cass. Torino, 14 novembre 1908 (*Mon. trib.*, 1909, 645); Cass. Torino, 28 maggio 1920 (*Diritto comm.*, 1920, 254); App. Milano, 30 giugno 1926 (*Temi lomb.*, 1920, 225); Cass. Napoli, 27 febbraio 1899 (*Foro ital.*, 1899, I, 586); Cass. Torino, 2 febbraio 1901 (*Giur. ital.*, 1901, I, 1, 470). Questa giurisprudenza, apparentemente

rappresentativo sia fatto per iscritto: negli altri casi, vale la regola generale che la *contemplatio domini* può risultare da tutte le circostanze del negozio giuridico, e da tutto il contegno dell'institore, cioè non solo da una dichiarazione di volontà espressa, ma anche da una dichiarazione di volontà tacita, o, come si dice, da fatti concludenti.

La formalità della scrittura, per il requisito della *contemplatio domini*, nei negozi redatti in iscritto, è stabilita unicamente a vantaggio dei terzi, quindi essa non ha per sanzione la eliminazione della rappresentanza, ma la responsabilità personale dell'institore. Vale a dire, rimangono gli effetti della rappresentanza rispetto al rappresentato, ma alla responsabilità del rappresentato la legge aggiunge la responsabilità dell'institore (codice di commercio, art. 371, capoverso) (1).

Nell'interesse dei terzi poi la legge ha stabilito altresì che l'elemento della *contemplatio domini* debba ritenersi implicito per tutti gli atti compiuti dall'institore nei limiti del commercio a cui è preposto. Questa regola si desume dalle disposizioni degli art. 368 e 371, capoverso. L'art. 368 dice senz'altro che il proponente è responsabile dei fatti dell'institore e delle obbligazioni da lui contratte, entro i limiti del commercio al quale è preposto, facendo intendere essere sufficiente che un atto sia compreso entro i limiti del commercio, perchè la rappresentanza abbia luogo e gli effetti dell'atto si producano nella persona del rappresentato. Ma più esplicito è ancora l'art. 371, capoverso, il quale aggiunge che, anche quando l'institore non dichiari di agire in nome del preponente, perfino nel caso in cui ciò la legge gli impone, sotto pena di

---

contraria al testo letterale dell'art. 371, si giustifica col fatto che la sanzione dell'articolo stesso non è la inesistenza della rappresentanza, ma la responsabilità personale dell'institore, e tale responsabilità non può ammettersi quando sia provato che, nonostante l'omissione della clausola, il terzo conosceva il rapporto institorio. Il principio della legge rimane intatto, ma l'institore può respingerne le conseguenze in virtù di una *exceptio doli*.

(1) La responsabilità dell'institore è solidale con quella del preponente (art. 40 cod. di comm.): App. Ancona, 13 dicembre 1923 (*Giur. tosc.*, 1924, 80).

incontrare responsabilità personale, i terzi possano esercitare anche contro il preponente le azioni, che derivano dagli atti dell'institore appartenenti e necessarî all'esercizio del commercio, a cui questi è preposto. Il che significa che anche quando manca il requisito della *contemplatio domini*, gli effetti della rappresentanza si producono per tutti gli atti compresi nell'esercizio del commercio affidato all'institore.

In conclusione la legge deroga qui al principio dell'art. 1127 codice civile, per cui ognuno si presume aver contrattato per sè e pei suoi eredi o aventi causa, e stabilisce invece la presunzione contraria, che cioè tutti gli atti compresi nell'esercizio del commercio, affidato all'institore, siano compiuti in nome del preponente, presume cioè per tutti questi atti il requisito della *contemplatio domini* (1).

90. La particolare figura della rappresentanza institoria si ripercuote in ultimo anche sulla *revoca della procura*.

Se la procura institoria fu pubblicata, anche la revoca deve essere pubblicata nelle stesse forme (codice di commercio,

(1) Effetto della presunzione è che la responsabilità del preponente sussiste anche quando l'institore non abbia in realtà agito in nome del preponente. In questo senso sono la dottrina e la giurisprudenza dominanti: VIVANTE, *Trattato*, I, n. 274; VIDARI, *Corso*, n. 3584; MARGHIERI-SCIALOJA, *Trattato*, I, 280; TARTUFARI, op. cit., n. 304; VALERI, *La* contemplatio domini *nella preposizione institoria*, in *Riv. di dir. comm.*, 1921, I, 622 e seg.; Cass. Palermo, 18 novembre 1909 (*Mon. trib.*, 1910, II); Cass. Torino, 18 maggio 1908 (*Giur. tor.*, 1908, 963); Cass. Firenze, 28 maggio 1897 (*Foro ital.*, 1897, I, 909). *Contra:* SRAFFA, op. cit., pag. 91; NAVARRINI, *Trattato*, IV, num. 1509, secondo i quali l'art. 371 del cod. di comm. si riferirebbe alla sola ipotesi che l'institore, pure non dichiarandolo per iscritto, abbia contrattato a nome del principale; mentre quando egli non avesse contrattato a nome del preponente, quest'ultimo nessuna responsabilità diretta incontrerebbe e solo, quando ne ricorressero gli estremi, il terzo potrebbe esercitare contro di lui l'azione *de in rem verso*. Questa interpretazione toglie alla disposizione dell'art. 371 ogni pratico contenuto. Avvertiamo peraltro, che la presunzione stabilita dalla legge, anche nel caso di procura non pubblicata, non elimina la responsabilità personale del rappresentante, che abbia taciuto il nome del preponente: Cass. del Regno, 17 settembre 1925, sentenza inedita (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Institore*, n. 25).

art. 374), ma la pubblicità della revoca è necessaria solo per creare, nei terzi, la scienza legale della revoca, in modo che essi non possano addurre che non la conoscevano. La pubblicità non è imposta cioè come una formalità essenziale, nel senso che la revoca non abbia effetto se non è pubblicata. Questo la legge non dice e sarebbe arbitrario aggiungervelo. Anzi dall'art. 370, capoverso, che regola gli effetti della procura non pubblicata, e stabilisce che in tale caso le limitazioni si possono opporre ai terzi solo se si prova che le conoscevano, si desume il principio generale che la mancanza di pubblicità legale, circa le limitazioni della procura (e ciò che si dice per le limitazioni vale anche per la revoca, la quale è la massima delle limitazioni), produce il solo effetto di porre a carico di preponente la prova che i terzi conoscevano la limitazione (e quindi, *a fortiori*, la revoca).

Se la procura non fu pubblicata, non è il caso di parlare di una scienza legale del suo contenuto da parte dei terzi; questo spiega perchè la legge non abbia ritenuto necessario di dettar norme circa la revoca del mandato non pubblicato. Sorge così il dubbio se sia ammissibile la revoca pubblica della procura non pubblica. Noi crediamo di sì, perchè non si deve impedire al preponente di poter ottenere da parte dei terzi la scienza legale della revoca (1).

Che se la procura non pubblicata fosse revocata per atto non pubblicato, la conseguenza sarebbe sempre quella che abbiamo veduto per la revoca non pubblica della procura pubblica, che cioè ricadrebbe sul preponente l'obbligo di provare la conoscenza della revoca da parte dei terzi.

91. *B) Rappresentanza dei commessi viaggiatori* (codice di commercio, art. 377 e 378). — Si dicono commessi viaggiatori, in generale, coloro che, nell'interesse di un commerciante, intraprendono viaggi in uno o più luoghi allo scopo di procacciare affari, coll'autorizzazione di iniziarli o compierli in nome di lui.

---

(1) Conformi: VIVANTE, *Trattato*, I, n. 273; NAVARRINI, *Trattato*, IV, n. 1519; VIGHI, in *Riv. di dir. comm.*, 1903, II, 15. *Contra:* SRAFFA, op. cit., pag. 125.

Il commesso viaggiatore ha oggidì assunto un'importanza speciale, col progredire e coll'allargarsi della grande industria. La grande produzione ha dato luogo al bisogno di uno smercio rapido e su vasta scala dei prodotti. A ciò servono mirabilmente i commessi viaggiatori, i quali, recandosi in lontani paesi, visitandoli continuamente e periodicamente, adattano le condizioni della vendita alle esigenze della piazza, informano i produttori dei bisogni dei consumatori perchè a questi adattino la produzione, si informano della solvibilità dei clienti, riscuotono i crediti, pongono insomma direttamente in contatto produttori e consumatori, produttori e commercianti al minuto, eliminano i grossi intermediari, aprendo così nuovi sbocchi alla produzione e allargando il mercato di ciascun prodotto. Grandi sono dunque i beneficî sociali che derivano dal loro ufficio, ma qualche volta non disgiunti da danni. Alcune volte, come è avvenuto nel mezzogiorno di Italia, i commessi viaggiatori spingono ad acquisti eccessivi popolazioni dotate di un limitato potere di consumo, provocando così crisi e rovine.

92. Vi sono varie specie di commessi viaggiatori.

Una prima distinzione tra i commessi viaggiatori, e questa di sola importanza economica, può farsi tra i commessi viaggiatori *destinati a vendere* e i commessi viaggiatori *destinati a comperare*. La prima categoria è la più numerosa ed importante.

Un'altra distinzione è quella tra commessi *aventi la rappresentanza del principale* e commessi *senza rappresentanza*. Questa distinzione, che ci interessa assai più da vicino, perchè ha importanza giuridica rilevante, dipende da ciò, che alcune volte i commessi viaggiatori hanno dal loro principale facoltà di concludere affari in suo nome, mentre altre volte hanno il semplice incarico di procacciare affari, ma senza facoltà di concludere; il loro còmpito è esaurito quando hanno messo in rapporto il cliente con la casa, e si sono fatti intermediarî della proposta del cliente, che la ditta è libera di accettare o di respingere. Generalmente i commessi con rappresentanza, che godono completamente la fiducia del principale, stanno anche al suo esclusivo servizio; hanno uno stipendio fisso,

più una provvigione sugli affari conclusi. Invece i commessi viaggiatori senza rappresentanza, il cui còmpito è più limitato, di solito lavorano per parecchie case contemporaneamente, e sono pagati non a stipendio, ma esclusivamente a provvigione (1).

Il codice di commercio non si occupa che dei primi, giacchè suppone che il commesso stia al servizio stabile del principale (art. 378).

Il rapporto interno, che lega il commesso viaggiatore al principale, abbia egli o non abbia la rappresentanza, deve definirsi come una locazione d'opera. Infatti il commesso viaggiatore, al pari dell'institore, sebbene entro limiti più ristretti, pone a disposizione del principale la propria attività materiale e intellettuale, il che basta per definire come locazione d'opera il rapporto che lo lega al principale. Dobbiamo pertanto escludere che il rapporto sia di *mandato*.

Per i commessi senza rappresentanza, la cosa è più evidente. Essi non hanno altro còmpito che di procurare affari, ma non hanno alcuna facoltà deliberativa in ordine ad essi, e non possono pertanto concluderli nè in nome del principale, nè in nome proprio; manca quindi in essi quell'elemento proprio del mandato, che è l'uso delle proprie facoltà volitive per un interesse altrui. Il ricercare gli affari, il procurare le offerte dei clienti è un còmpito che richiede bensì lavoro materiale e intellettuale, ma non già un uso di facoltà volitive.

Respingiamo quindi l'opinione che, anche nel caso del commesso senza rappresentanza, si abbia un mandato (2); questa opinione, se risponde alla dottrina, secondo la quale il mandato sarebbe caratterizzato dalla facoltà di *trattare* affari

---

(1) Occorre qui avvertire che nel linguaggio usuale si adopera l'espressione *rappresentanti* per indicare anche coloro il cui ufficio si limita a procurare affari; ma questa impropria denominazione non deve trarre in inganno. La rappresentanza si ha solo quando vi sia la facoltà di conchiudere l'affare: negli altri casi non può parlarsi di rappresentante in senso giuridico: Cass. del Regno, 18 luglio 1924 (*Settimana della Cass.*, 1924, 420); App. Milano, 2 dicembre 1919 (*Temi lomb.*, 1920, 188); App. Palermo, 21 dicembre 1917 (*Circ. giur.*, 1918, 128).

(2) Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, pag. 132.

per conto altrui, non risponde invece al nostro concetto del mandato, secondo il quale nel mandato vi è sempre esplicazione di una facoltà volitiva per conto di altri.

Ma, anche quando il commesso viaggiatore ha la rappresentanza del principale, il rapporto interno fra commesso e principale è una locazione d'opera e non un mandato, perchè l'opera del commesso viaggiatore, anzi specialmente del commesso viaggiatore rappresentante, il quale sta al servizio stabile e spesso esclusivo del suo principale, impegna in gran parte, se non totalmente, la sua attività, ed implica necessariamente un impiego di lavoro materiale ed intellettuale per la preparazione dei negozi giuridici, che poi come rappresentante egli conclude. Vale dunque anche per il commesso viaggiatore con rappresentanza ciò che abbiamo detto dell'institore, che quando taluno pone a disposizione di altri la propria attività in modo permanente, per la conclusione di una serie notevole di negozi, non si ha soltanto impiego di attività volitiva, ma anche, e principalmente, di opera intellettuale e materiale, e quindi il negozio giuridico, da cui tale rapporto deriva, non è mandato, ma locazione d'opera.

In conclusione, i commessi viaggiatori con rappresentanza sono locatori d'opera con rappresentanza, e i commessi viaggiatori senza rappresentanza sono locatori d'opera semplicemente.

93. Circa la rappresentanza dei commessi viaggiatori, nei casi in cui è loro conferita, le particolarità notevoli da rilevare sono le seguenti.

La procura, con cui la rappresentanza è conferita, può anche qui assumere qualunque forma; può risultare da atto scritto o da semplici dichiarazioni verbali. Spesso la procura risulta da documenti; non da un atto solenne di procura ricevuto da notaio o autenticato, come avviene spesso per la procura institoria, ma da lettere, avvisi, circolari ed altri documenti del genere, rivolti direttamente ai clienti o anche consegnati al commesso viaggiatore, perchè li esibisca ai clienti e gli servano per legittimare la sua qualità di rappresentante.

Se la procura è puramente verbale, il terzo che contratta col commesso non ha altra garanzia che la parola e la responsabilità del commesso; egli corre l'alea di contrattare con un rappresentante apparente o con un rappresentante che ecceda i suoi poteri, e sta a carico suo la prova dell'esistenza dei limiti reali della procura, quando voglia rivolgersi contro il principale, per fare valere contro di lui gli effetti del negozio compiuto in suo nome dal commesso. Non credo pertanto che sia da accogliere l'opinione dello SRAFFA, secondo la quale « i terzi sono senz'altro legittimati a credere che il commesso viaggiatore sia abilitato a porre in essere gli atti che si contemplano usualmente nel mandato ad esso conferito » (1). Con questa dottrina si stabilisce l'esistenza di una procura presunta inerente alla stessa nomina di un commesso viaggiatore, e di una procura di cui è stabilita anche una estensione presuntiva. Ora, nessuna delle due presunzioni ha alcun fondamento nè nella legge nè nella realtà. La legge non ha alcuna disposizione al riguardo; anzi l'unico articolo, che si occupi della procura dei commessi viaggiatori, vale a dire l'articolo 377, riguarda il caso in cui vi sia una procura scritta, e dice che il terzo deve starsene esattamente ai termini della procura; d'altro canto la figura che in pratica assumono i commessi viaggiatori esclude la possibilità anche di una semplice presunzione *hominis*, nel senso voluto dallo SRAFFA, perchè il caso più frequente è proprio quello del commesso viaggiatore senza rappresentanza, e quindi il semplice invio di un commesso viaggiatore, non implica per sè affatto il conferimento di rappresentanza. Esclusa pertanto ogni presunzione circa l'esistenza ed i limiti della procura, vale anche qui il principio generale, secondo cui chi ha interesse a porre in essere l'esistenza di una procura deve provarla (2); principio confermato dall'articolo 359 codice di commercio, secondo cui il terzo ha diritto di chiedere l'esibizione del documento contenente la procura.

---

(1) SRAFFA, op. cit., pag. 135.

(2) Cass. Torino, 9 gennaio 1918 (*Riv. di dir. comm.*, 1918, II, 500). La prova può essere data con testimoni.

Quando la procura è data per iscritto ed esiste perciò il documento di procura, anche se il documento è una semplice lettera, un avviso, una circolare, la rappresentanza si regola a tenore del documento (art. 375 cod. di comm.). Valgono pertanto le restrizioni stabilite nel documento di procura. Le ulteriori limitazioni, che risultino da istruzioni non contenute nella procura, non possono essere opposte ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano (art. 359 cod. di comm.).

Le restrizioni possono essere svariatissime; può la rappresentanza essere limitata a un ramo d'affari, può essere limitata territorialmente a una provincia, a una regione; possono essere limitate le condizioni degli affari, può essere imposta la vendita contro cambiali, ecc. Ma queste restrizioni, quando la procura è scritta, devono risultare dallo scritto. La forma della procura è libera, ma quando la procura è data per iscritto, tutti i suoi termini devono risultare dallo scritto e quindi anche le restrizioni. Se la procura non dice nulla circa l'estensione della rappresentanza, si ha riguardo alla natura degli affari per cui è conferita, alle circostanze che l'hanno accompagnata e agli usi del commercio. Così per esempio, il commesso viaggiatore incaricato delle vendite, in difetto di particolari restrizioni, potrà vendere a credito, potrà vendere tutte le merci che formano oggetto del commercio del suo principale, anche se non comprese nei campionari, potrà concedere gli sconti usuali per i pagamenti a contanti. Ma non potrà vender merci, che non rientrino nel commercio del principale, non potrà assumere impegni di vendita continuativi per lunghi periodi, non potrà prendere denaro a prestito, non avrà nessuna ingerenza nell'esecuzione del contratto, quindi, non potrà riscuotere il prezzo, se non gliene è data facoltà espressa nella procura.

Come tutti i rappresentanti, anche i commessi viaggiatori con rappresentanza debbono agire in nome del preponente. Questo requisito della *contemplatio domini* deve risultare per iscritto; e ciò che stabilisce l'art. 378 codice di commercio richiamando la disposizione dell'art. 371 destinata agli institori; il mancato adempimento di questa formalità non importa dunque la nullità del negozio rappresentativo come tale, ma semplicemente la responsabilità personale del rappresentante.

Ma l'art. 378, richiamando l'art. 371, aggiunge che il commesso viaggiatore deve soltanto riferire il nome del principale, non già firmare per procura. Questa disposizione è frutto di un curioso equivoco (1). L'art. 373 del *progetto preliminare*, corrispondente all'art. 378 del codice, si limitava a stabilire il richiamo, pei commessi viaggiatori, della disposizione dell'art. 378 (art. 382 del progetto). La Camera di commercio di Venezia osservò che in tal modo si dava facoltà, anzi si ingiungeva al commesso di firmare *per procura*, e così lo si parificava all'institore, mentre le sue facoltà possono essere assai minori. E quindi propose che si stabilisse non potere il commesso viaggiatore firmare *per procura*. Queste osservazioni furono accolte nel progetto definitivo ed in base ad esse fu formulato l'art. 378. Ma le osservazioni della Camera di commercio di Venezia erano dovute ad un equivoco sul significato della parola *procura*. In italiano procura è semplicemente l'atto, con cui si conferisce la rappresentanza, per modo che può benissimo dirsi essere il commesso viaggiatore fornito di procura e poter firmare per procura. Nella lingua tedesca, invece la parola *prokura* indica l'atto, con cui si costituisce la rappresentanza institoria: infatti l'institore si chiama appunto *prokurist* e si distingue dal rappresentante semplice, che ha avuto facoltà di concludere affari isolati (*Handlungsbevollmächtiger*). Ecco perchè il codice di commercio germanico all'art. 49 vieta al commesso viaggiatore di far credere che egli abbia una *prokura*, cioè che sia un institore. Ma nel codice italiano la distinzione non può farsi alla stessa stregua, e per ciò l'art. 378 viene a dire che il commesso viaggiatore, il quale in realtà ha una procura, non può firmare per procura, e quindi non può farsi credere ciò che è realmente!

94. *C*) *Rappresentanza dei commessi di negozio* (art. 379 codice di commercio). — Commessi di negozio sono coloro, i quali coadiuvano nell'esercizio del commercio, il principale o l'institore, compiendo nello stabilimento commerciale o nel negozio alcune speciali e determinate operazioni necessarie

(1) L'equivoco fu molto bene rilevato dallo Sraffa, op. cit., pag. 136 e seguenti.

a tale esercizio. Il codice si occupa solo (art. 379) dei commessi incaricati di vendere al minuto; ma nella categoria dei commessi di negozio rientrano tutti gli agenti del principale o dell'institore, i *quali siano incaricati di determinate funzioni da esercitarsi sotto la direzione del principale o dell'institore, e abbiano per l'esercizio di queste funzioni una limitata rappresentanza*. Rientrano pertanto in questa categoria, non solo i commessi incaricati della vendita, ma anche quelli incaricati della cassa, dei magazzini, anche gli agenti incaricati di vendere i biglietti di teatro o di ferrovia, i conduttori di trams, di battelli a vapore, di automobili pubblici, i camerieri di birreria, di caffè, di albergo, in quanto siano incaricati di riscuotere (1).

Tutti questi agenti sono dal punto di vista del rapporto che li lega al principale, locatori d'opera, a cui è inoltre conferita una limitata rappresentanza.

La procura, in virtù della quale la rappresentanza è conferita, è di solito tacita e risulta dal fatto stesso della destinazione all'ufficio (2). I limiti di essa si desumono dalla natura della funzione affidata all'agente. Quindi, se si tratta di commessi destinati a vendere al minuto nel negozio, essi possono vendere e quindi consegnare la merce e riscuoterne il prezzo, rilasciandone ricevuta (art. 379, principio); possono anche concedere gli sconti e le dilazioni di uso, dare piccoli campioni, cambiare la merce venduta con altra, ecc. Ma non hanno facoltà di compiere quegli atti, che non siano strettamente inerenti alla loro funzione; così non hanno facoltà di vendere fuori del negozio, non possono esigere i crediti del principale fuori del negozio (art. 379 codice di commercio, capoverso), a meno che non vi sia una procura speciale espressa o anche tacita (per es., se il commesso porta a casa del cliente la merce comprata nel negozio può anche esigerne

---

(1) Ripetiamo anche qui l'osservazione già fatta. La parola *agente* è termine vago e incerto, che può racchiudere così il significato di una vera rappresentanza, come l'attività di un semplice accaparratore di affari: Cass. del Regno, 22 giugno 1925, inedita (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Institore*, n. 7).

(2) Vedi App. Catania, 25 maggio 1923 (*Foro civ.*, 1923, 289).

il prezzo, perchè nell'incarico di portare la merce fuori del negozio, è implicita la facoltà di farsene pagare il prezzo). E quello che si dice dei commessi di negozio vale per tutti gli altri agenti. Così i bigliettai d'un teatro potranno vendere i biglietti nel teatro e riscuoterne ivi il prezzo, ma non possono arrogarsi facoltà più estese, per esempio, quella di dare in locazione palchi ad anno o di concedere permessi d'entrata gratuiti, e meno che mai d'ingerirsi in altri rami dell'amministrazione del teatro; fuori del loro ufficio cessa la rappresentanza.

Se il principale vuole limitare la rappresentanza rispetto alle stesse funzioni dell'ufficio conferito al commesso, deve farla in modo espresso e pubblico. Così può togliere al commesso, incaricato di vendere, la facoltà di riscuotere, ma deve allora avvertirne il pubblico, il che di solito si fa con l'avviso: « si paghi alla cassa »; può togliere al commesso la facoltà di ridurre il prezzo, ma deve egualmente renderne avvertito il pubblico, ciò che di solito si fa coll'avviso: « prezzi fissi ».

95. *D) La rappresentanza dei raccomandatari.* — Raccomandatario è colui che è stabilmente preposto all'esercizio del commercio dell'armatore nei varî punti di approdo delle sue navi. Egli è quindi da considerare come un vero institore dell'armatore, in quanto è preposto al suo commercio nei singoli scali. Come l'armatore è il commerciante del commercio marittimo, così il raccomandatario è l'institore del commercio marittimo. L'istituto dei raccomandatari non è in alcun modo contemplato dal codice di commercio: esso è tutto consuetudinario. Antica è la sua origine, e di uso frequente anche ai tempi della navigazione a vela. Senonchè allora, per le condizioni speciali, che al commercio marittimo erano create da tale navigazione, specie per il fatto che raramente una stessa nave approdava ripetute volte e a periodi determinati in un medesimo porto, i raccomandatari non erano chiamati a prestare che un'opera momentanea e transitoria; essi, più che altro, assistevano il capitano, valendosi delle conoscenze che avevano sulla piazza. In tale stato di cose i raccomandatari erano semplici locatori d'opera senza rappresentanza, questa restando intiera nel capitano; giacchè la nave, nell'abbando-

nare il porto di scarico dove sarebbe tornata chi sa quando, non lasciava dietro di sè nè affari pendenti, nè questioni insolute. Orbene, tutto ciò mutò profondamente quando si introdusse la navigazione a vapore. Stabilite linee di navigazione con viaggi periodici, assicurato così il periodico e frequente ritorno delle navi dello stesso armatore nei medesimi porti di scalo, i rapporti degli armatori coi raccomandatari assunsero necessariamente carattere di stabilità, in modo da indurre gli armatori a istituire nei varî approdi agenzie affidate a raccomandatari permanenti. Di più la brevità del tempo, in cui le navi a vapore si fermano nei luoghi di approdo, che non rende possibile ai capitani di occuparsi della parte amministrativa e commerciale, e la sempre maggiore importanza assunta dalle funzioni tecniche, che assorbono oramai completamente la loro attività, ha reso necessaria la separazione tra funzioni *tecniche* e funzioni *relative all'esercizio dell'industria marittima*, prima riunite nel capitano: le prime sono rimaste al capitano, le seconde sono passate ai raccomandatari (1).

(1) Cfr. sui raccomandatarî VIVANTE, *I raccomandatari nella navigazione a vapore*, in *Arch. giur.*, XXIII, 309-316, e TARTUFARI, *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino 1892, pag. 274 e seg. La nostra giurisprudenza ha talvolta ritenuto che il raccomandatario possa essere condannato personalmente, in solido con l'armatore, al risarcimento dei danni di avaria: Cass. Torino, 18 febbraio 1921 (*Mon. trib.*, 1921, 643). Ma il raccomandatario è un rappresentante dell'armatore e, come tale, al pari di ogni altro rappresentante, non contrae obbligo personale verso i terzi per gli atti compiuti nella detta qualità, entro i limiti del mandato. In questo senso, correttamente, Cass. Torino, 7 gennaio 1922 (*Giur. ital.*, 1922, I, 1, 172), e Cass. del Regno, 12 maggio 1924 (*Dir. maritt.*, 1925, 96). Se non che, trattandosi di raccomandatari di società straniere, la responsabilità personale del raccomandatario suole essere fondata sull'art. 231 del codice di commercio, il quale dichiara, nel caso di inadempimento delle formalità stabilite nel precedente articolo 230, gli amministratori e i rappresentanti di qualsivoglia specie della società straniera personalmente responsabili di tutte le obbligazioni sociali, limitatamente agli atti dipendenti dall'esercizio delle loro funzioni. In questo senso, Cass. del Regno, 19 settembre 1924 (*Dir. maritt.*, 1924, 732); 26 gennaio 1925 (*Ivi*, 1925, 311); App. Genova, 2 marzo 1922 (*Riv. di dir. comm.*, 1923, II, 204); 21 novembre 1924 (*Dir. maritt.*, 1924, 763); 31 dicembre 1924 (*Temi gen.*, 1925, 113);

§ 23. Varie specie di negozi giuridici commerciali.

SOMMARIO: 96. I varî tipi di negozî giuridici. In particolare, i negozî giuridici unilaterali. I singoli negozî giuridici unilaterali. — 97. I negozî giuridici plurilaterali: Atti complessi e contratti. — 98. Dei negozî collettivi o atti complessi in particolare: diverse specie: i negozî collettivi nel diritto commerciale. — 99. Dei contratti: nozione. Contratti bilaterali e contratti unilaterali. — 100. Perfezione del contratto: contratti fra presenti e contratti fra persone lontane. La regola stabilita nell'art. 36 del codice di commercio: sua applicazione in materia civile. — 101. La perfezione dei contratti unilaterali: interpretazione dell'art. 36, ult. capov., del codice di commercio. — 102. Gli elementi costitutivi del contratto considerati come negozî autonomi: la proposta e l'accettazione. In particolare, della proposta: suoi requisiti. — 103. L'accettazione: suoi requisiti. Accettazione tacita: efficacia del silenzio nei rapporti giuridici. Corrispondenza fra l'accettazione e la proposta (art. 37 cod. di comm.). — 104. La durata della proposta e dell'accettazione. In particolare, durata della proposta. Termine volontario e legale. Effetti giuridici indipendenti dalla formazione del contratto. — 105. Durata dell'accettazione. — 106. Revoca della proposta e dell'accettazione. — 107. Effetti della revoca: quando dà luogo all'obbligo del risarcimento dei danni. — 108. Morte o incapacità del proponente o dell'accettante.

96. Per lungo tempo la dottrina non ha conosciuto e studiato, come figura giuridica a sè, che una sola categoria di negozi giuridici, vale a dire i contratti. È merito della dottrina tedesca ed italiana, l'avere ricostruito la categoria del negozio giuridico come figura generale e l'avervi fatto rientrare, accanto al contratto, altri tipi di negozi, e particolarmente il *negozio giuridico unilaterale* e l'*atto complesso*.

I negozi giuridici, o dichiarazioni di volontà, si possono distinguere anzitutto in due grandi categorie. Alla prima appartengono i negozi, che risultano dalla dichiarazione di volontà di una sola persona, e si sogliono chiamare *negozi giuridici unilaterali*. La seconda categoria è costituita dai

---

4 febbraio 1925 (*Dir. maritt.*, 1925, 482). Su ciò si consulti: MORAGLIA, *Sulla responsabilità del raccomandatario*, in *Riv. di dir. comm.*, 1923, II, 204, e le varie note inserite nel *Diritto marittimo* alle sentenze citate.

negozi, che constano di più dichiarazioni di volontà, e a cui si può dare il nome di *negozi giuridici plurilaterali.*

A) *Negozi giuridici unilaterali.* — Non esiste nella nostra legislazione una norma generale, come quella dell'art. 1123 codice civile rispetto al contratto, che riconosca ad una semplice dichiarazione di volontà unilaterale l'attitudine a produrre effetti giuridici. Si comprende pertanto come, per molto tempo, la figura del negozio giuridico unilaterale sia stata ignorata dalla dottrina e come anche oggi essa venga vivacemente oppugnata. Eppure, anche nel nostro diritto positivo, in gran numero di casi, noi riscontriamo questo fenomeno di una dichiarazione di volontà emessa da una sola persona, e che produce effetti giuridici per sè e indipendentemente dalla dichiarazione di volontà di un'altra persona.

I casi che sono stati ricordati o che si possono ricordare sono i seguenti:

1° Il *testamento*, in cui tutti gli effetti giuridici risultano dalla sola dichiarazione di volontà del *de cuius*, senza che in essi abbia parte alcuna la volontà dell'erede, giacchè rispetto all'erede, la trasmissione del diritto ereditario è, come è noto, indipendente dall'acquisto dell'eredità, per il quale soltanto è necessaria l'accettazione (art. 925 codice civile).

2° Il *riconoscimento*, cioè l'atto, con cui una parte dichiara di ammettere l'esistenza di un fatto giuridicamente rilevante o di un rapporto giuridico. In questa categoria di dichiarazioni di volontà rientrano la confessione giudiziale e quella stragiudiziale (art. 1356 e 1358, codice civile).

3° La *rinuncia*, in tutte le sue svariatissime forme, come l'abbandono del diritto di proprietà o derelizione, l'abbandono di un diritto di servitù o di usufrutto, la rinuncia a un diritto reale di garanzia ed anche la rinuncia ad un diritto di credito o rimessione. Così egualmente la rinuncia all'eredità, la rinuncia a far valere la invalidità di un negozio o ratifica (1).

4° Il *recesso unilaterale*, ammesso in alcuni negozi giuridici, come nel contratto di appalto (art. 1641, codice civile): nella società (art. 1729, n. 3, e 1733, codice civile), nel mandato

---

(1) Circa il carattere unilaterale della rinuncia vedi FADDA e BENSA, *Note alle Pandette del* WINDSCHEID, pag. 858 e segg.

(art. 1757 codice civile), nel deposito (art. 1860, codice civile). A questa categoria di negozi unilaterali vanno ascritte anche quelle dichiarazioni di volontà, con cui una delle parti può ottenere la risoluzione di un negozio giuridico, per cause contemplate dalla legge, come la revoca delle donazioni per ingratitudine o per sopravvenienza di prole (art. 1078, codice civile), la domanda di risoluzione dei contratti bilaterali per inadempimento (art. 1165 codice civile), lo scioglimento delle società di commercio irregolari per volontà di uno dei soci (art. 99 codice di commercio).

5° L'*abbandono* ai creditori e quello agli assicuratori della nave, che producono effetti diversi, ma che sono ambedue efficaci colla sola dichiarazione di volontà del proprietario della nave (art. 491, 492, 493, 632, 637, 638 e 640 codice di commercio).

6° L'*offerta* del terzo possessore di un immobile, il quale voglia purgarlo dalle ipoteche, con cui egli dichiari di voler pagare il prezzo o il valore dell'immobile (art. 2044 e 2046 cod. civile), offerta che vincola l'offerente per un periodo di quaranta giorni. Questa offerta è una dichiarazione unilaterale di volontà, da cui dipende l'obbligo del terzo possessore di mantenere l'offerta per quaranta giorni e quello di pagare il prezzo o valore dell'immobile, dopo trascorso il termine, senza che sia intervenuto aumento di prezzo.

7° L'*offerta del privato che contratta con una pubblica amministrazione*, vincola il privato, mentre il contratto non è perfetto, finchè l'accettazione dell'amministrazione non sia stata approvata dalle competenti autorità superiori e precisamente per lo Stato, dal ministro con decreto registrato alla Corte dei conti. Qui il contratto non è perfetto finchè l'approvazione non è intervenuta, ma la dichiarazione di volontà del privato contraente è di per sè sola una offerta, che obbliga il privato a mantenerla.

8° La *promessa di stipulare un contratto unilaterale*, che per l'art. 36, 3° capoverso, codice di commercio è obbligatoria appena sia giunta a conoscenza dell'altra parte, senza che occorra accettazione.

9° La *promessa di mantenere una offerta contrattuale* impegna il promittente, il quale pertanto è tenuto al risar-

cimento dei danni, quando venga meno alla promessa e rifiuti l'offerta (cfr. codice di commercio, art. 36, 2° capoverso).

10° La *promessa al pubblico* (1). Comunque si voglia costruire la promessa al pubblico, essa è certamente un negozio unilaterale per sè stante, che obbliga il dichiarante o ad adempiere la prestazione promessa o almeno a mantenere l'offerta di contratto, che si voglia in essa riscontrare.

11° Le *promesse contenute nei titoli di credito*. I titoli di credito contengono indubbiamente un negozio giuridico unilaterale, perfetto colla sola dichiarazione di volontà dell'emittente, perchè il carattere autonomo del diritto di credito del possessore dimostra che il diritto stesso sorge immediatamente dalla promessa. Il che significa che l'emittente si obbliga direttamente verso il possessore. Ma il possessore non è una persona individualmente determinata, bensì semplicemente determinabile; ora un contratto con una persona indeterminata è inconcepibile, e quindi di necessità la dichiarazione di volontà dell'emittente deve ritenersi un negozio giuridico unilaterale, con cui l'emittente si obbliga verso quella persona, che dal possesso del titolo risulterà creditore.

12° La *procura*, cioè l'atto con cui taluno conferisce ad altri la rappresentanza. Il carattere unilaterale di questo negozio giuridico risulta da quanto abbiamo detto più addietro circa l'autonomia della procura.

13° La *negotiorum gestio*, che si ha quando taluno si assume di compiere un affare altrui (art. 1141 e seg., cod. civ.) in cui le obbligazioni del gestore e del *dominus* dipendono da una dichiarazione unilaterale di volontà del gestore.

---

(1) *Letteratura:* Lucci, *Delle promesse per pubblici proclami*, Napoli 1893; Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civ. italiano*, 2ª ed., Roma 1915, pag. 168; Messina, *La promessa di ricompensa*, 1899; Barassi, *La promessa di ricompensa al pubblico nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, 1901; Cicu, *L'offerta al pubblico*, Torino 1902; Toesca, *L'offerta al pubblico*, Sassari 1903; Bolchini, *La promessa al pubblico*, in *Riv. di dir. comm.*, 1903, I, 38; Baviera, *L'offerta al pubblico*, Milano 1907; Pranzataro, *La teoria dei contratti « in incertam personam »*, in *Giur. ital.*, 1902, IV; A. Scialoja, *L'offerta a persona indeterminata e il contratto conchiuso a mezzo di automatico*, 1902. La dottrina tedesca sulla *Auslobung* è ricchissima: vedi moltissimi autori citati in Oertel, *Die Lehre von der Auslobung*, Leipzig 1895.

Come si vede, la serie dei casi in cui il nostro diritto riconosce alla dichiarazione unilaterale di volontà effetti giuridici è numerosissima; di modo che ben a ragione se ne deve concludere che non si tratta di norme eccezionali, ma di un vero principio generale capace di esser prodotto a conseguenze. Le obbiezioni mosse a questa dottrina (1) si riassumono sostanzialmente in ciò, che nei varî casi, in cui da noi si vede un effetto dipendente da una dichiarazione unilaterale di volontà, si deve scorgere invece un effetto legale, vale a dire una conseguenza giuridica dipendente dalla legge (2). Ma questa costruzione è il frutto di un errato concetto della funzione rispettiva della legge e della volontà nella produzione degli effetti giuridici. Si immagina che la volontà umana abbia una sua propria forza di produzione di effetti giuridici, e questa forza non si riconosce che al contratto, vale a dire al negozio giuridico risultante da più dichiarazioni di volontà mosse da interessi diversi e convergenti sul medesimo oggetto. Si viene, per tal modo, a fare risiedere l'efficacia giuridica della volontà privata nel fatto che dalla riunione di

---

(1) Esse furono esposte con molta cura e acume da A. Scialoja, *Studi di diritto privato*, Roma 1906, pag. 71 e seg. ed ora *Saggi di vario diritto*, Roma 1927, pag. 59 e seg. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, pag. 70 e 245, il quale si pronuncia contro il negozio unilaterale come figura giuridica generale, tuttavia riconosce « che vi hanno casi sp ciali, nei quali ogni idea di contratto si dimostra inapplicabile e forza obbligatoria si dovrebbe pur dare alla semplice promessa », ma ritiene che « la lacuna del diritto positivo non può essere colmata dall'interprete », pag. 247, nota.

(2) È in base a questo concetto che da parecchi scrittori si indicano come uniche fonti delle obbligazioni il *contratto* e la *legge*. La tradizionale enumerazione legislativa delle fonti delle obbligazioni è stata dalla moderna dottrina sottoposta a profonda revisione, ma non pare che risultati sicuri siano stati raggiunti. Si consulti principalmente: Planiol, *Classification des sources des obligations*, in *Rev. critique de lég. et jurispr.*, 1904, 224; Demogue, *De la classification des sources des obligations*, in *Studi per* Chironi, I, 105, e *Droit des obligations*, vol. I, 1923, pag. 43 e seg.; A. Scialoja, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Saggi di vario diritto*, Roma 1927, pag. 33 e seg.; Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del cod. civ.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1923, I, 493, e specialmente pag. 511; Scuto, *Classificazione delle fonti delle obbligazioni*, in *Foro civ.*, 1923; Degni, *Studî sul diritto delle obbligazioni*, Roma 1926, pag. 5-31; De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, pag. 85.

più volontà si forma una volontà superiore, la quale si impone ai singoli partecipanti all'atto. Ma questo concetto risponde ad uno stadio arretrato della evoluzione giuridica, alle condizioni di una società primitiva, ancora disgregata, in cui lo Stato non si è ancora affermato come organo del diritto e in cui, tra le fonti del diritto, non esiste ancora la legge come espressione della volontà superiore dello Stato. In una società simile, di cui ci porge oggi esempio la società internazionale degli Stati, la volontà superiore contenuta nella norma giuridica non risulta che dall'accordo espresso o tacito di più volontà individuali, che si impone alla volontà dei singoli. In una società così organizzata, in realtà, l'accordo e non una dichiarazione di volontà unilaterale può considerarsi come fonte di effetti giuridici. Ma ben diversamente stanno le cose nella società odierna, in cui lo Stato si è affermato come l'organo specifico del diritto e ha rivendicato a sè la funzione di porre le norme giuridiche. Oggi unica fonte del diritto è la legge, e alla legge debbono ricondursi tutti gli effetti giuridici che si producono. La volontà umana non è oramai più fonte autonoma di effetti giuridici, ma è solo un fatto, a cui la legge riconnette effetti giuridici. In questa condizione di cose non vi è ragione di riconoscere all'accordo di più volontà una posizione privilegiata di fronte alla dichiarazione unilaterale di volontà. Anche nell'accordo oggi la volontà privata non è che occasione degli effetti giuridici derivanti dalla legge; la volontà superiore, che risulta dall'accordo, non ha più alcuna importanza e non è essa causa degli effetti giuridici contrattuali. Posti così alla stessa stregua i negozi plurilaterali e unilaterali, appare evidente l'errore di volere ricollegare nei secondi gli effetti giuridici alla legge e non alla volontà, e nei primi alla volontà e non alla legge.

In materia commerciale i negozi giuridici unilaterali hanno larghissima sfera di applicazione, anzi i negozi giuridici unilaterali *obbligatori*, da cui derivano cioè obbligazioni a carico di chi li ha formati, hanno trovato appunto nel campo del commercio un terreno favorevole al loro sviluppo. Le promesse di contrattare, le promesse al pubblico, i titoli di credito, hanno nel diritto commerciale un'importanza di primo ordine. È per questa ragione che ci siamo soffermati a porre in rilievo,

fra i negozi giuridici commerciali, quelli che risultano da una sola dichiarazione di volontà.

97. *B) Negozi giuridici plurilaterali.* — Questa categoria di negozi giuridici è infinitamente più ampia della prima e comprende tutti i negozi, i quali constano di più dichiarazioni di volontà, di modo che si potrebbero anche chiamare, con una espressione comprensiva, negozi *complessi*. La specie più nota di negozi plurilaterali o complessi è data da contratti. Ma accanto ai contratti, la dottrina ha di recente riconosciuta l'esistenza di un'altra importante specie di negozi complessi, che di solito vengono designati col nome di *atti complessi* o *accordi*.

La differenza fra il contratto e l'atto complesso sta in ciò, che nel contratto le parti hanno interessi diversi ed opposti, i quali nell'accordo contrattuale trovano appunto la loro conciliazione, mentre nell'atto complesso le parti proseguono lo stesso interesse e collaborano insieme alla sua realizzazione. Mentre perciò nel contratto le parti stanno *una di fronte all'altra*, nell'atto complesso stanno una *accanto all'altra*. Nel contratto l'effetto giuridico del negozio soddisfa, al tempo stesso, gli interessi delle due parti; ma questi sono fra di loro opposti (per esempio, nella vendita, una delle parti ha interesse ad avere la cosa al minimo prezzo possibile e l'altra ha interesse a darla al massimo prezzo possibile); nell'atto complesso invece l'effetto giuridico soddisfa gli interessi delle parti, ma questi sono eguali e comuni per tutti (così, per es., la deliberazione dell'assemblea di una società anonima, l'atto costitutivo di una società). Per tale ragione noi preferiamo alla comune denominazione di *atto complesso*, che non è priva di equivoco, perchè anche il contratto in fondo, risultando da più dichiarazioni di volontà, è un negozio complesso, la denominazione di *atto* o meglio *negozio collettivo*.

98. I. *Negozi collettivi* (o anche atti complessi) (1). — L'atto collettivo è una figura, che ha larghissime applicazioni,

(1) Si consulti Kuntze, *Der Gesammtakt; ein neues Rechtsbegriff*, 1892; Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, I, pag. 845; Brondi, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, in *Studi per* Schupfer, III, 553.

tanto nel campo del diritto pubblico, quanto in quello del diritto privato. Sono atti collettivi gli atti di fondazione di una corporazione, le deliberazioni dei corpi collegiali (assemblea di società, assemblea dei creditori nel fallimento, Consulta comunale, Tribunali, Camera dei deputati, Senato, Consiglio di Stato, ecc.); gli atti risultanti dal consenso di più organi distinti (la legge, negli Stati costituzionali, per cui occorre il consenso della Camera, del Senato e la sanzione regia) e infine gli atti, che risultano da una dichiarazione di volontà principale e da una o più dichiarazioni di volontà accessorie, vale a dire tutti gli atti soggetti ad approvazione, ad omologazione o ad autorizzazione.

In tutti questi casi si ha un atto risultante da più dichiarazioni di volontà, che mirano alla realizzazione di un interesse unico e comune a tutti i dichiaranti.

Ma secondo il modo, con cui le diverse dichiarazioni di volontà possono concorrere e coordinarsi insieme per il raggiungimento dello scopo comune, si dànno diversi tipi di atti collettivi.

a) Alcune volte le diverse dichiarazioni di volontà hanno un eguale valore giuridico. Si hanno allora gli atti collettivi risultanti da dichiarazioni di volontà *uguali*, detti comunemente *atti complessi uguali*. Si ha questo tipo di negozio negli atti, con cui più persone concorrono a fondare una corporazione, nelle deliberazioni degli organi collegiali, e negli altri atti risultanti da più dichiarazioni di volontà uguale di valore, come la legge (in cui, si noti, due delle dichiarazioni di volontà che la costituiscono, cioè il consenso della Camera e del Senato, sono alla loro volta atti collettivi), e come gli atti compiuti da più rappresentanti aventi una procura collettiva (per es., gli atti compiuti dal presidente del Consiglio d'amministrazione di una società e dal consigliere delegato, quando la firma sia delegata ad essi collettivamente).

b) Altre volte le dichiarazioni di volontà, che concorrono a formare l'atto collettivo, hanno valore giuridico disuguale; una dichiarazione di volontà è considerata come principale, e una o più altre come accessorie (*atti complessi disuguali*). Questa ipotesi si verifica in tutti gli atti, che hanno bisogno di autorizzazioni od approvazioni, in cui l'atto è unico e

risulta dall'unione della dichiarazione di volontà principale, e della dichiarazione di approvazione o di autorizzazione.

Nel diritto commerciale la categoria degli atti collettivi o negozi collettivi ha grande importanza, principalmente rispetto a due istituti giuridici, che sono fondamentali nel diritto commerciale, l'istituto delle società commerciali e quello del fallimento. Le società commerciali sono vere corporazioni riconosciute come persone giuridiche, e quindi in materia di società ci imbattiamo in ogni momento nella figura dell'atto collettivo. È così un atto collettivo e non un contratto, come si suole affermare di solito inesattamente, l'atto costitutivo di una società commerciale (per le società civili invece, che non costituiscono persone giuridiche, la cosa potrebbe essere dubbia). Sono atti collettivi le deliberazioni delle assemblee di società commerciali, le deliberazioni dei consigli d'amministrazione, gli atti compiuti dagli amministratori aventi la firma sociale coll'autorizzazione del consiglio o dell'assemblea. Soltanto considerando la società come corporazione, e gli atti con cui esse sono costituite e vivono, come atti collettivi, si riescono a spiegare adeguatamente certe particolarità nella disciplina giuridica delle società commerciali, che invano si spiegherebbero coll'applicazione dei principî proprî del diritto contrattuale.

Anche in materia di fallimento la dottrina dell'atto collettivo può riuscire feconda. Il fallimento crea tra i creditori una comunione, che ha i suoi proprî organi, e le cui deliberazioni hanno il carattere di atti collettivi. In tal modo si spiegano molte particolarità del diritto fallimentare, tra cui, per esempio, l'obbligatorietà del concordato stipulato dalla maggioranza dei creditori, anche per la mancanza assente o dissenziente (art. 840 codice di commercio).

99. II. *Contratti.* — È questa la figura tipica e tradizionale del negozio giuridico, e anche quella che nella pratica ha la maggior importanza e la più larga applicazione.

Il contratto consta di due dichiarazioni di volontà. Quando in uno stesso contratto intervengono più di due persone allora si dà una di queste due ipotesi. O non si tratta in realtà di un contratto unico, ma di più contratti congiunti

(per esempio: una vendita, il cui prezzo sia garantito da un terzo, è in realtà una vendita ed una fideiussione: i due negozi potrebbero concepirsi staccati), oppure si tratta di un contratto, in cui una delle due dichiarazioni di volontà è, alla sua volta, un atto collettivo (per esempio: un contratto di vendita stipulato da più condomini, un contratto stipulato da due rappresentanti con procura collettiva). Quindi, in realtà, il contratto si riduce sempre a un negozio giuridico posto in essere da due parti, e risultante da due dichiarazioni di volontà.

Per questa ragione dubiterei molto se porre la società civile fra i contratti, perchè anche nell'atto costitutivo di una società civile le parti non si propongono il conseguimento di uno scopo mediato, che sia diverso o in contrasto con quello delle altre, come avviene nei contratti, ma mirano alla realizzazione di uno scopo mediato, che è comune a tutti i contraenti.

Nel contratto, in realtà, come si è già altrove osservato, causa mediata o remota è il soddisfacimento dell'interesse proprio di ciascun contraente, causa prossima è il conseguimento della cooperazione altrui, mediante la quale si ottiene quel soddisfacimento. Tale cooperazione può essere di diversa natura; donde la distinzione tra le due sottospecie, in cui si suddivide il contratto. Intendo qui alludere alle due grandi categorie dei contratti *unilaterali* e dei contratti *bilaterali*. Questa distinzione, che non si deve confondere con l'altra già dianzi fatta, tra negozi unilaterali e negozi bilaterali (perchè i contratti unilaterali sono pure sempre contratti), riguarda la natura degli effetti giuridici derivanti dal contratto. I contratti bilaterali (anche *sinallagmatici*) sono quelli, da cui derivano obbligazioni a carico di entrambi i contraenti (per es.: vendita, locazione, permuta), mentre i contratti unilaterali sono quelli, da cui derivano obbligazioni a carico di uno solo dei contraenti (donazione, mutuo).

Nei contratti bilaterali la cooperazione, che una parte vuole ottenere dall'altra, consiste in una prestazione; invece nei contratti unilaterali, la cooperazione, che una parte vuole ottenere dall'altra, è minima, e può consistere unicamente nel ricevere la prestazione, ch'essa si obbliga a farle. Nei contratti bilaterali pertanto la prestazione d'una parte serve a soddisfare l'interesse opposto dell'altra parte, mentre nei contratti

unilaterali, la cooperazione passiva dell'una parte serve a soddisfare un interesse non opposto, ma diverso dell'altra. Così, per es., nella compra-vendita, la prestazione della cosa da parte del venditore serve a soddisfare l'interesse del compratore ad avere la cosa, interesse che è naturalmente in contrasto con quello del venditore, il quale tenderebbe a non privarsene, e vi si induce solo per il compenso che riceve col prezzo; così come la prestazione del compratore soddisfa l'interesse del venditore a ricevere il prezzo, il quale è in contrasto con l'interesse del compratore che tenderebbe ad ottenere la cosa senza sacrificio o col minimo sacrificio possibile. Invece nella donazione, mediante il ricevimento della cosa donata da parte del donatario, si soddisfa l'interesse del donante di fare un atto di liberalità, di beneficare, il quale è diverso dall'interesse del donatario, che consiste invece nell'arricchirsi della cosa donata.

Tutto ciò dimostra che, tanto nel contratto unilaterale quanto nel contratto bilaterale, si ha sempre conciliazione d'interessi diversi se non opposti, e che questa caratteristica del contratto si trova in ambedue i tipi di contratto.

È fuori di dubbio pertanto che il contratto è qualche cosa di più che il semplice concorso di due volontà di egual contenuto. Non basta che due persone vogliano la stessa cosa, perchè fra loro sia concluso un contratto, occorre inoltre che la cosa voluta, cioè il contenuto della volontà contrattuale, riesca a conciliare gli interessi delle due parti e a fare conseguire ad ambedue gli scopi particolari di ciascuna.

100. L'osservazione, che precede, sulla natura del contratto ci permette di risolvere la questione teoricamente e praticamente interessantissima della perfezione del contratto (1).

---

(1) *Letteratura:* Ramella, *Trattato sulla corrispondenza*, Torino 1896; Majorana, *Delle convenzioni fra persone lontane*, 2ª ed., Palermo 1912; Valery, *Des contrats par correspondance*, Paris 1895; Giorgi, *Teoria delle obbligaz. nel diritto moderno italiano*, vol. III, n. 214 e seg.; Girault, *Traité des contr. par corresp.*, 1890; Bianchi, *Il contratto per corrispondenza e l'art. 36 cod. di comm. in materia civile*, in *Scritti per* Filippo Serafini, 1892, pag. 53 e seg.; Gabba, *Il contratto fra assenti*, in *Foro ital.*, 1897,

Che cosa occorre perchè un contratto possa dirsi perfetto e quando sarà un contratto perfetto? Ecco il problema che ad ogni istante si presenta nella pratica, dato che non ci si accontenti della esistenza di due dichiarazioni di volontà di contenuto eguale, ma si voglia qualche cosa di più per la conclusione del contratto.

Oltre all'importanza teorica evidente, perchè il problema investe la stessa natura del contratto come negozio bilaterale, grande è anche l'interesse pratico della questione. La quale è importante anzitutto perchè fino a tanto che il contratto non è perfezionato ognuna delle parti può revocare la propria volontà; perchè bisogna stabilire se nel momento della perfezione le parti avevano capacità di obbligarsi; per vedere quale legge è da applicarsi al contratto, sia in caso, di mutamento di legislazione, sia nel caso in cui le parti si trovino in luoghi diversi e retti da diverse legislazioni; per decidere in qual momento ha luogo il trasferimento della proprietà e quindi quello dei rischi e pericoli, ecc.

La questione del momento perfezionativo del contratto può farsi in tutti i contratti. Per lo più avverrà che lo scambio delle due dichiarazioni di volontà sia fatto di presenza, nello stesso luogo, senza che intercorra un intervallo di tempo fisicamente valutabile tra il momento, in cui la dichiarazione è emessa, e quello, in cui giunge all'altra parte. La questione allora non ha importanza pratica. Questa importanza incomincia allorchè è necessario qualche tempo perchè la dichiarazione di volontà di una parte giunga all'altra parte. Ciò avviene di regola nei contratti fra *persone lontane*, ma può eccezionalmente avvenire nei contratti fra *presenti*, quando, per es., le parti trattano per iscritto (il caso del sordomuto)

I, 21; GRISOSTOMI, *Le promesse di contrattare*, Frascati 1903; V. SCIALOJA, *Osservazioni sull'art.* 36 *del cod. di comm.*, in *Scritti per le onoranze a* PESSINA, 1909, vol. III; CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano 1915; CANDIAN, *Questioni in tema di formazione di contratti*, in *Riv. di diritto commerc.*, 1916, I, 854; VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1508-1549; NAVARRINI, *Trattato*, II, n. 404-469; BOLAFFIO, *Comm.*, II; SEGRÈ, nel *Cod. di comm. annotato*, sull'art. 36; SCHEURL, *Vertragsabschluss unter Abwesenden*, in *Jahrb. f. die Dogm.*, II, 1858, 166; KOEPPEN, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden* (*Ivi*, 187, 139).

o quando per improvviso malore la dichiarazione di volontà fatta da una parte non pervenga all'altra parte (1). Quindi la questione in linea di principio deve farsi per tutti i contratti, fra presenti e fra assenti, solo essa è praticamente più importante nei contratti fra assenti: questa è la ragione, per cui il codice di commercio la risolve appunto a proposito di contratti fra persone lontane (art. 36).

Il principio accolto nell'art. 36 è questo, che per la perfezione del contratto occorre non solo la esistenza di due dichiarazioni di volontà di identico contenuto, ma la *coscienza* in ambedue i dichiaranti della conformità delle due dichiarazioni. Occorre, cioè, che ciascuno dei due dichiaranti sappia dell'accordo intervenuto.

La ragione di questo principio sta nella natura stessa del contratto. Se nel contratto si ha la conciliazione di interessi diversi delle parti, è chiaro che la conciliazione non può essere casuale, ma deve essere consapevole, deve cioè ciascuna delle parti sapere che l'altra ha voluto ciò che rappresenta la conciliazione fra i due interessi diversi.

Pertanto l'art. 36 stabilisce che il contratto è perfetto, quando la notizia dell'accettazione giunga al proponente, vale a dire che per la perfezione del contratto occorre non solo la proposta, cioè la dichiarazione di una delle parti contenente tutti gli elementi del contratto, non solo l'accettazione, cioè la cosciente dichiarazione conforme dell'altra parte, ma anche la coscienza da parte del proponente dell'avvenuta accettazione, con che soltanto la conoscenza vicendevole dell'accordo è completa.

---

(1) Sotto questo profilo si ritiene da alcuni che alla abituale distinzione dei contratti fra presenti e fra persone lontane o fra assenti sarebbe da sostituire quella tra contratti a formazione *simultanea* e contratti a formazione *successiva*, in quanto cioè le due dichiarazioni di volontà si fondano in un solo contesto ovvero siano separate fra loro da un benchè minimo intervallo di tempo, senza riguardo quindi alla distanza che intercede fra le parti: Segrè, *Cod. di comm. annotato*, sull'art. 36, n. 8. È da notare però che il problema del momento perfezionativo del contratto esiste anche nei contratti a formazione simultanea, perchè anche in questi, sia pure eccezionalmente, può darsi (com'è detto nel testo) che la dichiarazione di volontà emessa da una parte non pervenga all'altra, a cui è destinata.

In tal modo il codice di commercio ha accolto, tra le varie teorie che si contrastavano il campo intorno al momento perfezionativo dei contratti, specie per i contratti fra persone lontane, la teoria della *cognizione*, che appunto esigeva la conoscenza reciproca dell'accordo. Esso ha respinto le altre dottrine, o che si accontentavano della semplice accettazione, quando vi fosse stata la proposta (*teoria della dichiarazione* o *della accettazione*), o che volevano inoltre che la dichiarazione di accettazione fosse spedita al proponente (*teoria della spedizione*), o che richiedevano in più che la dichiarazione di accettazione fosse pervenuta al proponente, senza però che fosse necessaria la cognizione della accettazione da parte del proponente stesso (*teoria della ricezione*). Queste teorie avevano tutte il difetto di accontentarsi della semplice coesistenza delle due dichiarazioni di volontà di identico contenuto e di preoccuparsi solo del momento, in cui la dichiarazione di accettazione diventa completa come dichiarazione di volontà per sè stante. Ma nel contratto non basta la coesistenza di due dichiarazioni di volontà di identico contenuto, occorre il riflesso subiettivo di questa coesistenza, la coscienza di essa da parte dei contraenti, giacchè l'oggetto della volontà contrattuale è appunto la conciliazione degli interessi diversi delle parti in un oggetto comune.

La regola dell'art. 36 codice di commercio vale non solo in materia commerciale, ma anche in materia civile. Essa infatti non è una norma speciale di diritto commerciale, una norma cioè che regoli i rapporti commerciali in modo diverso dai corrispondenti rapporti civili, ma è un principio scritto occasionalmente per la materia commerciale, che in realtà è applicazione e derivazione dei principî del diritto civile, relativi alla natura del contratto. E per questa specie di norme, abbiamo già veduto a suo tempo, l'estensione analogica dalla materia commerciale alla materia civile è perfettamente possibile (1).

---

(1) La grande maggioranza degli scrittori è nel senso che l'art. 36 si applica anche ai rapporti civili. Da qualcuno si contesta però l'esattezza del concetto esposto nel testo che si tratti di un caso di estensione analogica, perchè, in sostanza, le disposizioni dell'art. 36 sarebbero disposizioni generali di diritto privato: NAVARRINI, *Trattato*, II, n. 409. È indubitato,

101. L'art. 36 cod. di comm., accoglie il principio della *cognizione* espressamente solo per i *contratti bilaterali*. Per i contratti unilaterali sembra a prima vista che abbia voluto stabilire un principio diverso, perchè nell'ultimo capoverso dello stesso articolo è contenuta questa disposizione:

« Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungano a notizia della parte, a cui sono fatte ».

Secondo il suo letterale tenore, l'art. 36, ult. capov., viene a dichiarare che, nei contratti unilaterali, la promessa del proponente è obbligatoria appena giunta a notizia della parte a cui è diretta: ossia che non occorre *nessuna ulteriore dichiarazione di volontà dell'altra parte, perchè la proposta di un contratto unilaterale sia obbligatoria*. Ma come si concilia una simile norma col principio che il contratto richiede *due concordi dichiarazioni* di volontà dirette alla costituzione, al

---

come già avvertimmo (vedi *retro*, §§ 4 e 5), che l'art. 36 appartiene a quella categoria di disposizioni contenute nel codice di commercio, le quali sono sviluppo e derivazione di principî del diritto civile; ma ciò non toglie ch'esso sia legge commerciale, dettata cioè per regolare principalmente e direttamente la materia commerciale e pertanto l'applicazione di esso ai rapporti civili non può avvenire che per effetto di estensione analogica. Qualche scrittore, come il Gabba, *Questioni di diritto civile*, II, pag. 105, ha sostenuto invece che l'art. 36 sia applicabile unicamente in materia di commercio, sicchè la questione del perfezionamento del contratto per corrispondenza in materia civile, non essendo l'argomento regolato nel codice civile, dovesse essere risoluta dal giudice con criterî scientifici in base all'art. 3 delle disposizioni preliminari. Nello stesso senso Giorgi, *Obbligazioni*, III, n. 240, e Albertario, in *Monitore trib.*, 1910, 341. In realtà, se l'art. 36 non fosse scritto, alla dottrina della cognizione si giungerebbe ugualmente in base al concetto stesso del contratto. Ma poichè in una precisa disposizione di legge il principio della cognizione è stabilito, sembra logico riferirsi ad essa ed applicarla generalmente per via di estensione analogica. Altri, infine, distingue tra le varie disposizioni dell'art. 36 del codice civile, ed esclude, in particolare, l'applicazione alle materie civili delle disposizioni circa la perfezione dei contratti unilaterali (capoverso ultimo) e circa la facoltà del proponente di ritenere efficace una accettazione tardiva (prima parte, in fine): Ramella, *Trattato della corrispondenza*, n. 206. Ma queste opinioni non hanno avuto seguito nè in dottrina, nè in giurisprudenza. Si cons.: App. Palermo, 13 marzo 1913 (*Foro ital.*, 1913, I, 1272); Cass. Roma, 5 aprile 1916 (*Giur. ital.*, 1916, I, 1, 732).

regolamento o allo scioglimento di un vincolo giuridico (art. 1098 cod. civ.)? Qui avremmo un contratto risultante da una sola dichiarazione di volontà, il che è semplicemente assurdo.

Le interpretazioni possibili o proposte per spiegare l'articolo 36, ult. capov., sono varie:

a) Può darsi che l'art. 36, ult. capov., contempli il caso, in cui il futuro creditore abbia fatto la proposta del contratto unilaterale e il futuro debitore abbia risposto colla sua promessa. Ma se così fosse, dovremmo avere, perchè il contratto fosse perfetto: 1° la proposta del creditore; 2° l'accettazione del debitore; 3° la notizia dell'accettazione. Vale a dire, avremmo per i contratti unilaterali precisamente la stessa regola che per i contratti bilaterali. E allora a che una disposizione speciale per i contratti unilaterali? (1).

b) Secondo un'altra soluzione, poichè la legge dice che le promesse regolate dall'art. 36, ultimo capov., sono obbligatorie, appena giunte alla parte a cui sono dirette, ne risulta che si tratta non già di promesse contrattuali o proposte di contratti, ma di promesse unilaterali, cioè di dichiarazioni unilaterali di volontà, perfette di per sè sole. Le promesse di cui parla l'art. 36, ult. capov., sono dunque obbligatorie come atti unilaterali. Si tratterebbe dunque di un'impropria formulazione della norma: invece di contratti unilaterali la legge intendeva parlare di atti unilaterali (2). Ma neppure questa opinione è accettabile, perchè muta il testo legislativo, sostituendo un'espressione ad un'altra, senza che una sufficiente ragione giustifichi l'interpretazione modificativa.

c) Secondo un'altra opinione, l'art. 36, ultimo capov., avrebbe semplicemente, nei contratti unilaterali, presunta l'accettazione, di modo che vi sarebbero pur sempre le due dichiarazioni di volontà, necessarie a costituire il contratto, salvo che quella dell'accettante sarebbe presunta dalla

---

(1) Questa spiegazione è messa innanzi dallo SCIALOJA V., *Osservazioni sull'art.* 36 *del codice di commercio*, in *Scritti per il cinquantesimo anniversario d'insegnamento di* E. PESSINA, III, pag. 12, il quale però la respinge come inammissibile.

(2) È l'opinione di V. SCIALOJA, op. cit., pag. 13.

legge (1). Ma questa spiegazione ha il difetto di creare una presunzione *juris et de jure*, che non è nella legge e che in ogni modo giungerebbe sempre allo stesso risultato di creare un contratto con una sola dichiarazione di volontà, il che è quanto dire di trasformare il contratto in un negozio giuridico unilaterale.

d) Secondo un'altra spiegazione, per l'art. 36, ultimo capoverso, nei contratti unilaterali sarebbe obbligatoria la promessa, cioè la proposta; vale a dire la proposta o offerta contrattuale sarebbe irrevocabile appena giunta al destinatario. Non sarebbe perciò completo il contratto colla semplice proposta, ma diverrebbe irrevocabile la proposta (2). Questa interpretazione si presenta assai meglio delle precedenti, ma ha il difetto di trasformare la promessa menzionata dall'articolo 36 in una offerta o proposta di contratto. Ora altra cosa è la promessa, altra cosa è l'offerta. L'*offerta* o proposta è la dichiarazione di volontà di una parte, destinata, col concorso della dichiarazione dell'altra parte, a formare il contratto; è dunque un elemento del contratto. Certo anche la proposta può, in un certo senso, costituire un negozio giuridico autonomo, in quanto generi l'obbligazione di mantenerla e quindi sia irrevocabile, ma anche in questo caso essa è sempre e principalmente un elemento contrattuale.

Al contrario, la *promessa* di cui parla l'art. 36, ultimo capoverso, secondo l'uso comune e il significato proprio dell'espressione, è sempre e soltanto un negozio giuridico autonomo; essa non è una dichiarazione di volontà destinata a incontrarsi con un'altra per costituire un contratto, è invece un negozio giuridico, che crea obbligazioni di per sè, e precisamente l'obbligazione di fare quello che si promette e non

---

(1) A. Scialoja, *La dichiarazione unilaterale di volontà*, in *Studî di diritto privato*, pag. 98, ed ora in *Saggi di vario diritto*, Roma 1927, pag. 59 e seg. Nello stesso senso Bolaffio, *Comm.*, vol. II, n. 193.

(2) Questa opinione fu per la prima volta messa innanzi dal Grisostomi, *Le promesse di contrattare*, Frascati 1903, pag. 164 e seg. (l'idea era stata accennata anche da altri; per es.: dal Segrè, *Dei titoli al portatore*, 1898, pag. 37; dal Montessori, *Dell'obbligazione al portatore*, Modena 1902, pag. 85), venne accolta dal Vivante, *Trattato*, IV, n. 1514, ed è pure seguìta dal Navarrini, *Trattato*, II, n. 458.

già solo di non revocare la promessa. Anzi, nel significato proprio della espressione, la promessa può essere, tanto un negozio giuridico unilaterale, quanto un contratto, e precisamente si intende per promessa il negozio giuridico *preliminare*. Preliminare è ogni negozio che contiene l'obbligo di stipulare un altro negozio e particolarmente un contratto; così la promessa di vendita è un contratto preliminare di vendita, che contiene l'obbligazione di vendere.

Noi crediamo che precisamente al negozio preliminare abbia alluso l'art. 36, ultimo capov., il quale ha pertanto inteso di stabilire che la promessa d'un contratto unilaterale, vale a dire la dichiarazione di volontà, con cui taluno si obbliga a stipulare un contratto unilaterale, che generi obbligazioni a carico suo solamente, è un negozio giuridico unilaterale, perfetto perciò colla sola dichiarazione di volontà del promittente.

In conclusione, l'art. 36, ult. capov., che è dovuto ad un curioso fraintendimento di un passo di Grozio (1), non reca

---

(1) L'origine del capoverso, secondo i lavori preparatorî, si rintraccia nell'intenzione che il Mancini manifestò nella sua *Relazione*, di seguire il sistema del Grozio, svolto in un passo della celebre opera *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, n. 158: « Illud etiam quaeri solet an satis sit acceptationem fieri, an vero etiam innotescere debeat promissori antequam promissio plenum effectum consequatur. Et certum est utroque modo fieri posse promissionem, aut hoc modo: volo ut valeat si acceptetur; aut hoc modo; volo ut valeat si acceptam intellexero. Et in his quidem, quae ad mutuam pertinent obligationem, posterior sensus praesumitur: in promissis vero mere liberalibus potius est ut prior sensus credatur adfuisse, nisi aliud appareat ». Grozio dunque si pone la questione: se basti l'accettazione per la obbligatorietà della promessa, o se sia necessario anche che il promittente abbia notizia dell'accettazione. E la risolve nel senso che tutto dipende dal modo con cui fu fatta la promessa; se il promittente disse: voglio che la promessa abbia effetto coll'accettazione, sarà obbligatoria la promessa colla semplice accettazione; occorrerà, invece, la notizia dell'accettazione, se il promittente disse: voglio che la promessa valga se conoscerò l'accettazione. E finisce col porre una presunzione: nelle promesse di contratti bilaterali (*quae ad mutuam pertinent obligationem*) si presumerà che il promittente abbia richiesto la notizia dell'accettazione: nelle promesse *meramente* liberali, si presumerà che il promittente si sia accontentato della *semplice accettazione*. Questa distinzione di Grozio fra promesse *quae ad mutuam pertinent*

una eccezione al principio della cognizione e non regola i contratti unilaterali diversamente dai bilaterali, per quel che riguarda la perfezione del contratto. Il principio pertanto che i contratti si perfezionano quando la notizia dell'accettazione sia giunta al proponente, vale tanto per i contratti bilaterali, quanto pei contratti unilaterali (1).

102. Analizziamo ora singolarmente i due elementi costitutivi del contratto, vale a dire le due dichiarazioni di volontà, il cui incontro cosciente e voluto costituisce il contratto.

Le singole dichiarazioni di volontà, che costituiscono il contratto, possono essere anche considerate isolatamente, ed hanno un loro valore giuridico anche per sè considerate. Questo valore è di regola relativo al contratto, di cui non sono che un elemento, ma fino a tanto che il contratto non è perfetto, tali dichiarazioni hanno anche un valore giuridico autonomo, e quando il contratto è perfezionato, occorre pur sempre riferirsi ad esse, se si vuole giudicare della esistenza e della validità del contratto.

Fino a che il contratto non è concluso, le due dichiarazioni di volontà, che tendono a costituirlo, in quanto producono, ciascuna per sè, effetti giuridici, sono da considerare ognuna come un negozio giuridico per sè stante. Si tratta evidentemente di negozî giuridici unilaterali, aventi effetti

---

obligationem e promesse *liberali* non è molto corretta, perchè le promesse liberali sono una categoria di promesse di contratti unilaterali, ma non *tutte* le promesse di contratti unilaterali sono promesse liberali. Comunque sia, la distinzione di Grozio era chiara. Ebbene questa distinzione venne dagli autori del codice gravemente fraintesa. Mentre per le promesse liberali, Grozio richiedeva l'accettazione, dichiarando solo non necessaria la notizia dell'accettazione, l'art. 36, ult. capov., si accontenta che le promesse giungano a notizia di colui a cui sono dirette. Ma la *notizia* non è accettazione. Non è qui il caso di discutere se l'opinione di Grozio fosse, o no, buona: certo è intanto che, credendo di seguire Grozio, il nostro legislatore ha disposto cosa del tutto diversa.

(1) Al principio della cognizione, pertanto, si fa eccezione solo quando il proponente stesso faccia dipendere la perfezione del contratto da un fatto diverso dalla cognizione (per es.: spedizione, iniziata esecuzione). Cfr. codice di commercio, art. 36, primo capov., e più oltre, n. 105.

limitati e transitorî, soggetti cioè alla condizione risolutiva della perfezione del contratto. Concluso il contratto, la vita autonoma delle due dichiarazioni di volontà, come negozî unilaterali, cessa, e non esiste che il contratto come negozio bilaterale. Ma se, per una qualunque ragione, viene accertato che il contratto non fu validamente concluso, gli elementi, che lo costituiscono, riprendono la propria vita di negozî unilaterali.

Considerate come negozî autonomi, le due dichiarazioni di volontà hanno ciascuna una individualità propria e caratteristiche diverse. Si distingue pertanto la *proposta* dalla *accettazione*.

L'elemento più complesso è la *proposta*, la quale è la dichiarazione contenente tutti gli elementi del contratto futuro. Per questa ragione di solito la proposta parte da chi prende l'iniziativa del contratto, il quale è anche colui che ne determina gli elementi. Ma può darsi che la iniziativa non conduca alla formulazione delle condizioni del contratto, ma abbia una più modesta funzione, quella di provocarne la formulazione. Può anche darsi che gli elementi del contratto vengano modificati dalla persona, verso cui l'iniziativa si rivolge: che si dia luogo, cioè, a *trattative*. In questi casi la proposta non è formulata da chi prese l'iniziativa. Definiamo pertanto la proposta come *la dichiarazione di volontà diretta alla formazione d'un contratto, che contiene gli elementi essenziali del contratto.*

I requisiti della proposta sono tre:

a) che vi sia una dichiarazione di volontà. La dichiarazione può essere *espressa*, fatta cioè coi mezzi destinati secondo l'uso comune a manifestare il pensiero (parole, scritti, gesti) oppure *tacita*, fatta mediante atti concludenti vale a dire incompatibili con una diversa volontà;

b) la dichiarazione deve essere diretta alla conclusione d'un contratto. Quindi occorre la volontà di vincolarsi contrattualmente, in modo che colla accettazione il contratto possa perfezionarsi (1). Inoltre occorre che la volontà sia

(1) Non costituiscono quindi proposte le offerte accompagnate da clausole «senza impegno» o simili: VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1527;

dichiarata nelle forme proprie del contratto che si vuole costituire (1);

c) in ultimo, la dichiarazione deve essere completa, deve cioè contenere tutti gli elementi essenziali del contratto che si vuole costituire, in modo che colla semplice adesione dell'altra parte, questo possa essere perfezionato (2).

103. L'altro termine del contratto è l'*accettazione*. L'accettazione è la dichiarazione di volontà, con cui si aderisce alla proposta. Essa è quindi una dichiarazione di volontà assai più semplice: si riduce ad un semplice *sì*. I requisiti dell'accettazione sono:

a) che vi sia una dichiarazione di volontà. La dichiarazione può essere *espressa* o *tacita*, risultare cioè anche da fatti concludenti, per es.: dalla spedizione della merce richiesta colla proposta (3). Sorge qui la grave questione circa il va-

---

Valery, op. cit., n. 230. Si veda però Cass. Napoli, 17 giugno 1918 (*Mon. trib.*, 1918, 722). Circa la clausola stessa si vedano le osservazioni contenute nella *Riv. di dir. comm.*, 1921, I, 724, a proposito di una sentenza del tribunale supremo germanico. Ma si tenga presente che nel diritto tedesco la proposta è normalmente vincolativa, e quindi la clausola *s. i.* suole essere adoperata per rendere possibile la revoca della offerta, prima della conclusione del contratto. Nel nostro diritto, in cui la proposta contrattuale è di regola revocabile, la clausola suddetta in questo senso esclusivo sarebbe un pleonasmo.

(1) Questo requisito ha importanza per i contratti formali: si veda *retro*, § 21.

(2) Una proposta incompleta non è impegnativa, ma vale soltanto come invito a contrattare: Cass. del Regno, 16 novembre 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 109-113); Appello Venezia, 6 maggio 1919 (*Foro ven.*, 1919, 150). Si ammette tuttavia che la proposta non perda il suo carattere se il proponente lasci al destinatario la scelta di qualche modalità: Vivante, *Trattato*, IV, n. 1523. In questo caso tuttavia non sempre è facile distinguere, in pratica, se il proponente abbia inteso rimettersi alla volontà dell'altra parte, che sarebbe decisiva per la conclusione del contratto, o abbia inteso provocare la proposta di questa sulla modalità riservandosi di accettarla o meno.

(3) Cass. Roma, 23 dicembre 1913 (*Foro ital.*, 1914, I, 418); Cass. Torino, 4 gennaio 1919 (*Giur. tor.*, 1919, 289); App. Bologna, 12 marzo 1924 (*Temi emil.*, 1924, 398). Anche l'inizio di esecuzione può valere come accettazione tacita; ma ciò non vuol dire che l'inizio dell'esecu-

lore del *silenzio* nei negozî giuridici. Si domanda cioè se il silenzio possa equivalere alla accettazione.

La dottrina italiana è divisa quanto al valore del silenzio nella conclusione dei contratti (1). L'opinione prevalente è che il silenzio non possa valere come accettazione; ma non mancano scrittori molto autorevoli, i quali ammettono invece che il silenzio in determinate circostanze possa valere come consenso.

La questione, a nostro avviso, deve risolversi in base ai principî generali, perchè manca nei testi di legge una disposizione, da cui si possa trarre argomento per l'una o per l'altra soluzione. L'art. 36, in cui si sono voluti trovare (2) argomenti contro l'efficacia del silenzio, non risolve la questione. È vero che, per l'art. 36, non vi è contratto finchè il proponente non abbia avuta notizia dell'accettazione, ma ciò non

---

zione possa di per sè rendere perfetto il contratto; fuori delle ipotesi prevedute nel primo capoverso dell'art. 36 occorrerà sempre che al proponente giunga la notizia dell'accettazione sia pure tacita: così, per es., nel caso di spedizione della merce, il contratto si intenderà perfezionato solo quando il proponente riceva notizia dell'avvenuta spedizione. Si veda, per quanto del caso, App. Bologna, 3 giugno 1924 (*Temi emil.*, 1924, 885).

(1) Sull'argomento si è formata da noi una vasta letteratura. Tra le trattazioni generali di diritto commerciale e di diritto civile, dove l'argomento è più o meno ampiamente svolto, si consultino: Vivante, *Trattato*, IV, n. 1538; Chironi e Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, I, pag. 386; Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, pag. 359; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, III, pag. 219. Tra i lavori monografici: Ranelletti, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1892, 3 e seg.; Simoncelli, *Il silenzio nel diritto civile*, in *Rendiconti dell'Istituto lombardo*, 1897, 257; Sraffa, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Giur. ital.*, 1898, IV, 353; Bruschettini, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Diritto comm.*, 1898; Gabba, *Il silenzio nel diritto civile*, in *Giur. ital.*, 1901, IV, 338; Fadda e Bensa, nelle *Annotazioni al Windscheid*, vol. I, pag. 900; Pacchioni, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di dir. comm.*, 1906, II, 23; Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di dir. comm.*, 1906, II, 222, e 1907, I, 105; Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di dir. comm.*, 1906, I, 509; Osilia, *Sul silenzio come dichiarazione di volontà*, in *Riv. di dir. comm.*, 1925, II, 1, e seg.; Degni, *Studî sul diritto delle obbligazioni*. Roma 1926, pag. 33-57.

(2) Vivante, *Trattato*, IV, n. 1538.

significa che l'accettazione debba essere data con atti positivi e non anche col silenzio, perchè di ogni fatto si può avere notizia ed anche del silenzio. La questione, che si era mantenuta molto tempo sopra un terreno non bene definito, perchè si discuteva intorno al silenzio, senza essere d'accordo sul concetto stesso del silenzio, è entrata in una nuova fase per merito principalmente del PEROZZI e del BONFANTE. Il PEROZZI (1) nega addirittura la esistenza di un problema del silenzio. Del silenzio, secondo il PEROZZI, come forma della manifestazione della volontà, non si può parlare, perchè silenzio significa o che non fu manifestato un volere o che non si usò di alcun mezzo di manifestazione. Quei casi pratici, che si considerano come silenzio sono invece casi più o meno certi di una manifestazione del volere. Discutere dunque se silenzio possa equivalere a manifestazione di volontà è quanto discutere se vi possa essere una manifestazione di volontà inesistente. Il silenzio quindi non può esser in nessun caso il punto di partenza: il silenzio non può essere che il punto di arrivo nel senso di mancata manifestazione; esso non può essere nè la premessa maggiore nè la minore, ma soltanto la conclusione del sillogismo giuridico.

Il BONFANTE (2), replicando al PEROZZI, afferma invece l'esistenza di un problema del silenzio, nel senso che si possa discutere se sia necessaria una volontà manifestata in atti esteriori *ore vel re*, cioè una vera manifestazione nel senso di una estrinsecazione intenzionale cosciente, ovvero basti la semplice riconoscibilità del volere. Vi sono, secondo il BONFANTE, rapporti, in cui occorre la dichiarazione e rapporti, in cui basta la mera esistenza del volere. In questi casi può anche bastare il solo difetto di una manifestazione contraria, quindi il silenzio. Ma non si tratterebbe di una vera manifestazione di volontà.

Da questa polemica, nella quale i due contradditori sono più vicini di quanto credono, risulta intanto che il silenzio

---

(1) *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di dir. comm.*, 1906, I, 509.

(2) *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di dir. comm.*, 1907, I, 107 e seguenti.

non si deve porre tra i casi di manifestazione della volontà; che anzi di silenzio non si può parlare, se non quando è escluso che vi sia una manifestazione di volontà. Tutto si riduce, dunque, a decidere se possa avere effetti giuridici una volontà non manifestata, ma riconoscibile. Ma anche per il silenzio tale distinzione sembra non abbia ragione d'essere. Una volontà riconoscibile, ma non manifestata non esiste, giacchè la manifestazione della volontà non è altro che la sua conoscibilità. La distinzione tra volontà manifestata e volontà semplicemente conoscibile si fonda sulla distinzione tra azioni esterne ed azioni interne, tra gli atti del corpo e gli atti dello spirito. Ma questa distinzione è erronea, perchè, come osserva benissimo il Del Vecchio, *nulla può avvenire fuori del mondo fisico ed ogni azione, che è pure un avvenimento, implica di necessità un elemento di ordine fisico* (1). L'azione dunque non è separata dal suo movente psichico, ed una volontà, che non si traduca in un'azione, non è concepibile. Ciò posto, si potrà distinguere tra azioni più conoscibili e azioni meno conoscibili, non già tra azione interna e azione esterna, quindi tra atto di volontà e atto della manifestazione della volontà. Pertanto manifestazione della volontà e conoscibilità della volontà sono la stessa cosa, e la questione del silenzio non può farsi, se non considerando il silenzio come una forma della manifestazione della volontà, o, il che vale lo stesso, come un mezzo per riconoscere la volontà. E allora ha ragione il Perozzi a dire che il problema del silenzio, come problema distinto da quello della manifestazione della volontà, non esiste e che tutto si riduce a vedere se un contegno negativo, un non fare, costituisca nei singoli casi una dichiarazione di volontà. Il silenzio non è che uno dei tanti casi di manifestazione tacita della volontà e il suo valore dipende, secondo i principî generali, dalla univocità del contegno. Se il contegno negativo, il non fare, è incompatibile colla volontà contraria, il silenzio costituisce dichiarazione tacita di volontà (2).

---

(1) Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, 2ª ediz., Bologna 1912, pag. 25.

(2) In questo senso è sostanzialmente la giurisprudenza della Corte di cassazione del Regno, 17 ottobre 1924 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1924, voce *Contratto*, n. 90); 16 gennaio 1926 (*Corte di cass.*, 1926, 268); la

b) In secondo luogo l'accettazione deve corrispondere integralmente alla proposta, deve tradursi in un *sì* puro e semplice. Quindi, come stabilisce espressamente il codice, una accettazione condizionata o limitata equivale a rifiuto accompagnato da una nuova proposta (codice di comm., art. 37) (1). La nuova proposta, risultante dalle nuove modificazioni introdotte dall'accettante originario nella proposta originaria, deve avere i requisiti di ogni proposta, e quindi deve manifestare l'intenzione di vincolarsi con l'accettazione e deve essere completa nei suoi elementi contrattuali. Colla nuova proposta le parti naturalmente s'invertono e il primo proponente diviene il destinatario, che dovrà accettare la nuova proposta. Se l'accetta, il momento della perfezione del contratto è quello, in cui la notizia della sua ade-

Cassazione ritiene pertanto *quaestio facti* il decidere se il silenzio debba essere inteso come manifestazione tacita di consenso: 27 marzo 1925 (*Ivi*, 1925, 1298). Per la giurisprudenza anteriore ampie indicazioni in Osilia, in *Rivista di diritto commerciale*, 1925, II, 1. La questione si è presentata particolarmente in tema di accettazione di clausole contrattuali contenute nelle fatture. I numerosi scritti e la copiosa giurisprudenza sull'argomento particolare sono indicati nella menzionata nota dell'Osilia.

(1) Non è qui a distinguere se si tratti di modificazioni sui punti essenziali o accessori del contratto, per dedurne che nel secondo caso il contratto sia perfezionato, salvo al giudice di provvedere, qualora le parti non riescano successivamente a porsi d'accordo, sui punti accessori. Si cons. però: Cass. Torino, 31 ottobre 1921 (*Riv. di dir. comm.*, 1922, II, 304). Fino a che l'accordo non sia completo, il contratto non è perfetto. Vedi V. Scialoja, *Sull'art.* 37 *del codice di commercio*, in *Riv. di dir. comm.*, 1909, I, 479. Diversa è la questione nel caso che, raggiunto l'accordo sui punti ritenuti essenziali dalle parti, queste abbiano fatta esplicita riserva di ulteriori trattative su punti accessori. Su questo argomento si veda, da ultimo, Segrè, *Sulla responsabilità precontrattuale e sui punti riservati*, in *Riv. di dir. comm.*, 1925, II, 633; Candian, *Ivi*, 1916, I, 855; Carnelutti, *Formazione progressiva del contratto*, in *Rivista di dir. comm.*, 1916, II, 308, e 1917, I, 339. In quale senso sia da interpretare la risposta telegrafica d'accettazione con l'aggiunta « segue lettera » o simile, se cioè sia valida come accettazione, ovvero valga come accettazione condizionata, o sia invalida del tutto per difetto dell'intenzione di vincolarsi, è questione controversa: App. Palermo, 13 marzo 1913 (*Mon. trib.*, 1913, 314); App. Palermo, 5 maggio 1921 (*Riv. di dir. comm.*, 1921, II, 485, con nota di Candian).

sione giunge alla parte, a cui egli aveva indirizzata la proposta originaria.

104. Si è detto che i due elementi costitutivi del contratto, la proposta e l'accettazione, hanno, come negozi giuridici per sè stanti, una vita transitoria fino alla conclusione del contratto. Si è visto anche che il contratto si conclude di regola colla *cognizione* della accettazione da parte del proponente, nel quale momento si verifica quel cosciente accordo di volontà che occorre per l'esistenza del contratto. Fino a questo momento, quando per una qualunque ragione venga meno la proposta o l'accettazione, resta impedita definitivamente la conclusione del contratto. Sorge quindi il problema della *durata* di questi due elementi contrattuali, come negozi giuridici per sè stanti. Quanto tempo dura la loro vita transitoria?

Distinguiamo la proposta dalla accettazione.

a) La proposta, come tale, non ha una durata indefinita, ma la sua efficacia è invece legata ad un *termine*, che può essere stabilito dal proponente (termine *volontario*) o dalla legge (*termine legale*).

La durata della proposta può essere anzitutto stabilita dal proponente (art. 36, princ.). Egli può stabilirla espressamente — per es., chiedendo la risposta *in giornata*, *a volta di corriere*, *entro dieci giorni* — o tacitamente — per es., chiedendo la risposta per *telegrafo*, il che implica che la risposta debba essere data in giornata (1), o mandando un *telegramma* con *risposta pagata*, che equivale a chiedere la risposta per telegrafo.

Quando il proponente non abbia fissato alcun termine, provvede la legge, la quale stabilisce all'art. 36 principio, che l'accettazione deve giungere al proponente nel termine *ordinariamente* necessario allo scambio della proposta e della accettazione, *secondo la qualità* del contratto e gli *usi generali* del commercio. Trascorso il termine volontario o legale, la proposta cade e, se pure l'accettazione intervenga, essa non è più efficace a perfezionare il contratto. Tuttavia, la legge

(1) Cass. Torino, 27 novembre 1905 (*Giur. tor.*, 1906, 29).

concede al proponente la facoltà di prolungare la vita della proposta, anche dopo la scadenza del termine, e di ritenere efficace una accettazione giunta in ritardo (art. 36, princ.). Il proponente però in questo caso deve darne immediatamente avviso all'accettante. Colla spedizione di questo avviso la proposta è prolungata e la scadenza del termine sanata, quindi il contratto si perfeziona, come se il termine non fosse scaduto. L'accettazione tardiva non va dunque considerata come una nuova proposta, nè l'avviso come accettazione di questa nuova proposta (1). L'avviso non ha altro valore che di convalidare la proposta scaduta, il contratto quindi si conclude colla semplice spedizione dell'avviso e si conclude presso il proponente; le parti non sono invertite: l'accettazione tardiva funziona come accettazione.

La proposta, finchè è in vita, produce questo primo effetto giuridico che, incontrandosi con l'accettazione, mediante la conoscenza di questa da parte del proponente, dà luogo alla formazione del contratto. Ma si domanda se essa possa dar luogo ad altri effetti giuridici: se, in altri termini, la dichiarazione di volontà del proponente, oltre a dar vita al contratto, quando concorrano le condizioni volute, possa, indipendentemente dalla formazione del contratto, dar luogo a qualche effetto giuridico. E si deve rispondere che la proposta può, qualche volta, avere efficacia giuridica all'infuori della formazione del contratto. Ciò avviene in due casi:

1° quando il proponente si sia impegnato a non revocare la proposta. In questo caso la revoca, qualora avvenga, impedisce egualmente la formazione del contratto, ma il proponente è tenuto al risarcimento del danno (2). Il decidere

---

(1) Così, invece, GABBA, in *Foro ital.*, 1897, I, 43. Nel senso del testo: VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1541; BOLAFFIO, *Comm.*, vol. II, pag. 143.

(2) Che l'impegno di non revocare la proposta possa essere validamente assunto e sia obbligatorio non è contestabile. Si discute se la rinuncia al diritto di revoca sia da considerare come un elemento inscindibile della proposta stessa (VIVANTE, *Trattato*, vol. IV, n. 1545), ovvero come una promessa per sè stante di contratto unilaterale che obbliga appena giunta a notizia del destinatario: art. 36, ult. capov., cod. di commercio (BOLAFFIO, *Comm.*, pag. 164), o quale negozio giuridico unilaterale, come tale obbligatorio senza bisogno di accettazione (CARRARA, *La formazione*

quando vi sia tale impegno è questione di fatto, ma si deve avvertire che l'impegno deve risultare chiaramente dal testo della proposta, e che la semplice concessione d'un termine fatta al destinatario per la risposta, dà solo facoltà a colui, a cui è indirizzata la proposta, di rispondere entro quel termine, senza togliere al proponente il diritto di revoca (1);

2° quando la parte, a cui è rivolta la proposta, abbia iniziato l'esecuzione prima che le giunga la notizia della

---

dei contratti, Milano 1915, pag. 207); ovvero come un patto contrattuale, che richiede l'accettazione dell'altra parte (opinione pressochè isolata, nella dottrina italiana, del CANDIAN, in *Riv. di dir. comm.*, 1916, I, 884). Noi propendiamo (v. *retro*, pag. 362) per la teoria del negozio unilaterale. Si discute poi degli effetti dell'obbligo assunto. Secondo alcuni dall'obbligo deriva l'inefficacia della revoca fatta contrariamente all'obbligo stesso, sicchè il contratto si formerebbe con la tempestiva accettazione del destinatario, anche nel caso che il proponente avesse revocato la proposta: BOLAFFIO, *Commento*, pag. 164; RAMELLA, op. cit., n. 91; così anche parecchi autori francesi: VALERY, *Des contrats par correspondance*, n. 174; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit comm.*, vol. III, pag. 164. Prevale però in dottrina e in giurisprudenza la tesi esposta nel testo, che cioè la revoca della proposta impedisce la formazione del contratto. L'impegno a non revocare la proposta per un certo tempo costituisce infatti un'obbligazione di non fare, la cui trasgressione, nel nostro diritto, ha il solo effetto del risarcimento del danno, ma non può dare vita al contratto quando una delle parti non presti il necessario consenso. VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1545; COVIELLO, in *Giur. ital.*, 1895, I, 1, 821; MAJORANA, op. cit., pag. 100; TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, in *Cod. di commercio comm.*, vol. III, pag. 56; Cass. Palermo, 18 luglio 1911 (*Riv. di dir. comm.*, 1912, II, 133); App. Palermo, 13 marzo 1913 (*Foro ital.*, 1913, I, 1272). In sostanza, si ha qui la stessa soluzione generalmente adottata per il caso di contratti preliminari, i quali hanno per oggetto la prestazione di un futuro consenso per la conclusione del contratto definitivo. Se, malgrado l'obbligo assunto, una delle parti rifiuti di prestare il consenso promesso, il contratto definitivo non può perfezionarsi, ma il trasgressore dell'obbligo è tenuto al risarcimento dei danni. In questo senso è ormai ferma la giurisprudenza della Corte di cassazione del Regno.

(1) Cons. VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1544; BOLAFFIO, *Commento*, pagina 163. *Contra:* COVIELLO, in *Giur. ital.*, 1895, I, 1, 821; Cass. Palermo, 18 luglio 1911 (*Riv. di dir. comm.*, 1912, II, 193, con nota contraria di CANDIAN).

revoca della proposta. In questo caso il proponente è tenuto a risarcire i danni (art. 36, secondo capov.) (1).

105. L'accettazione dura invece, come dichiarazione di volontà autonoma, fino a tanto che essa sia giunta a notizia del proponente. In questo momento si perfeziona il contratto e l'accettazione cessa d'aver vita propria.

Vi sono tuttavia casi, in cui l'accettazione ha una durata anche minore come negozio autonomo; e perfino casi, in cui l'accettazione non è mai un negozio autonomo, ma immediatamente entra a far parte del contratto e lo perfeziona.

L'accettazione ha durata più breve, quando il proponente ha posto un termine alla medesima, oppure quando egli abbia fatto dipendere la perfezione del contratto da un fatto diverso dalla cognizione (per esempio, dalla spedizione). Nel primo caso l'accettazione ha vita soltanto finchè dura il termine, di modo che, se essa s'incontra con la proposta dopo la scadenza del termine, non produce la conclusione del contratto. Nel secondo caso l'accettazione ha durata più breve, perchè il contratto si perfeziona prima.

Ma può anche darsi il caso che l'accettazione non abbia alcuna esistenza autonoma, che cioè, al momento stesso in cui essa avviene, il contratto si perfezioni. Questo si verifica quando il contratto si perfeziona colla semplice accettazione e perciò nell'ipotesi dell'art. 36, primo capoverso, nella quale il contratto si perfeziona colla iniziata esecuzione (2).

---

(1) Vedasi più oltre n. 106.

(2) L'art. 36, primo cap., stabilisce: « Qualora poi il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione ». L'interpretazione di questa norma è molto controversa. Secondo alcuni l'esecuzione intrapresa vale a perfezionare il contratto in ciascuno dei tre casi menzionati nella legge, e cioè, o quando il proponente abbia richiesta l'esecuzione immediata, ovvero quando egli abbia esonerato l'altra parte da una preventiva risposta di accettazione, ovvero quando, tenuto conto della natura del contratto, gli usi generali non richiedano una risposta preliminare di accettazione. In questo senso: Vittorio Scialoja, *Osservazioni sull'art. 36 del cod. di comm.*, già citato; Coviello, in *Giur. ital.*, 1895, I, 824;

E ciò si verifica anche in quei casi, in cui non vi è intervallo di tempo valutabile fisicamente fra il momento, in cui la accettazione è emessa, e quello in cui giunge all'altra parte, vale a dire nei contratti fra persone, che agiscono di presenza e verbalmente e nei contratti per telefono. In questi casi l'accettazione appena emessa perfeziona il contratto, di modo che essa non ha tempo di vivere in modo autonomo.

106. Fino a che la proposta e l'accettazione sono in vita, poichè il contratto non si è perfezionato, proposta ed accettazione sono revocabili (art. 36, capov. 2°, cod. di comm.). Si discute se la revoca impedisca la formazione del contratto solo quando *giunga* a cognizione dell'altra parte prima della perfezione del contratto, o se sia sufficiente che essa sia stata *inviata*.

Circa la revoca della proposta, se essa è spedita prima che giunga al proponente la notizia dell'accettazione, la forma-

---

Ramella, *Estratto della corrispondenza*, Torino 1896, n. 119; Bolaffio, *Commento*, n. 192. A questa interpretazione si oppone giustamente che essa urta contro la lettera della disposizione, non solo perchè sostituisce alla congiuntiva *e* adoperata dalla legge la disgiuntiva *o*, ma anche perchè trasforma la condizione negativa posta dalla legge, che una risposta di accettazione non sia domandata, in una condizione positiva, che cioè il proponente dichiari di non domandare la risposta. È perciò da preferire l'opinione sostenuta dal Vivante, *Trattato*, IV, n. 1512, seguìto da Majorana, *Delle convenzioni fra persone lontane*, Palermo 1912, pag. 94; da Navarrini, *Trattato*, II, pag. 443; da Carrara, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, pag. 263, che occorra cumulativamente il concorso di tutte e tre le condizioni indicate nel testo legislativo, e cioè una condizione positiva, che il proponente richiede l'esecuzione immediata del contratto, e due condizioni negative, che cioè nè il proponente nè gli usi generali del commercio richiedano una preventiva risposta di accettazione. Altri tentativi di interpretazione, coi quali le tre proposizioni contenute nel capoverso dell'art. 36 sono variamente conbinate, debbono respingersi perchè contorcono artificiosamente il testo della legge. Così l'interpretazione. che isola la prima proposizione e riunisce la seconda e la terza, facendone due ipotesi, per cui la perfezione del contratto mediante la intrapresa esecuzione avverrebbe in due casi distinti: o quando venga chiesta dal proponente l'immediata esecuzione del contratto, ovvero quando una preventiva risposta di accettazione non sia richiesta dal proponente, nè per la qualità del contratto sia necessaria: così l'Errera, in *Temi*

zione del contratto non è impedita, perchè l'accettazione giungerebbe in ogni caso a notizia del proponente, quando la proposta non è più in vita, e perciò quando l'incontro delle due volontà è diventato impossibile. Si deve notare a questo proposito che la revoca della proposta considerata in sè, è una dichiarazione di volontà unilaterale, che si perfeziona col semplice atto della sua emissione, senza che occorra la cognizione di essa da parte del destinatario. D'altro canto il codice conforta testualmente questa interpretazione, perchè dice all'art. 36, secondo capov., che la revoca è possibile fino a che il contratto non è perfetto, facendo così intendere che la revoca va considerata come perfetta appena è emessa. Inoltre, gli inconvenienti pratici, a cui darebbe luogo un sistema, per cui un proponente non sarebbe mai sicuro se la sua revoca è stata o no efficace, persuade che l'interpretazione da noi adottata è l'unica che risponda alla realtà degli affari (1).

Circa la revoca dell'accettazione, di solito si ritiene che essa non impedisca la formazione del contratto, se non quando la notizia ne arrivi al proponente prima della notizia dell'accettazione, per il che occorrerebbe naturalmente l'uso di un mezzo più rapido. Quindi giungerebbe a tempo la revoca fatta per telegrafo dopo l'accettazione spedita per lettera,

---

ven., 1883, n. 47 e seg., e in *Dir. comm.*, 1897, n. 337. In realtà, se si vuol interpretare la legge così come è scritta, bisogna riconoscere che le tre proposizioni sono insieme congiunte e formano una ipotesi sola. Questa è anche la opinione prevalente in giurisprudenza. Si veda, per esempio: Cass. del Regno, 1ª sezione, 27 luglio 1926 (sentenza n. 2520, finora inedita), sebbene forse non tutte le scarse sentenze pronunciate sullo argomento, quando si tenga conto delle particolarità concrete dei casi decisi, possano essere invocate in modo sicuro a favore dell'una o dell'altra interpretazione, anche se nella motivazione vi siano accenni che parrebbero favorevoli all'una o all'altra: vedasi, su questo punto: Bolaffio, *Commento*, II, pag. 156, nota 1.

(1) Conf. V. Scialoja, *Osservazioni*, cit.; Vivante, *Trattato*, IV, n. 1543; Bolaffio, *Commento*, II, pag. 163; Navarrini, *Trattato*, vol. II, n. 449; App. Milano, 5 settembre 1911 (*Temi lomb.*, 1911, 834); App. Genova, 13 giugno 1913 (*Foro ital.*, 1914, I, 419). *Contra:* Vidari, *Corso*, n. 2385; Barassi, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano 1906, pag. 168.

o la revoca comunicata per telefono dopo una accettazione telegrafica. Ma a noi sembra che non ci sia ragione di distinguere tra revoca della proposta e revoca dell'accettazione. Se la revoca della proposta è perfetta e quindi efficace colla semplice emissione, perchè si dovrebbe richiedere per la perfezione e quindi per l'efficacia dell'accettazione la cognizione di essa da parte del destinatario? Revoca della proposta e revoca dell'accettazione sono ambedue negozi unilaterali, e non si sa perchè dovrebbe ritenersi l'uno perfetto colla spedizione e l'altro colla cognizione. Quindi, io credo, che anche la revoca dell'accettazione impedisca la formazione del contratto, quando sia spedita prima che la notizia dell'accettazione sia giunta al proponente (1).

107. La revoca impedisce la formazione del contratto, ma non è sempre considerata dalla legge come lecita. In altri termini, vi sono casi, in cui la legge, pur considerando efficace la revoca, ritiene responsabile il revocante pei danni, che ne siano derivati. Si può dunque affermare che la proposta e l'accettazione, in quanto abbiano fatto sorgere la legittima aspettativa della conclusione del contratto, implichino l'obbligo di mantenerle, per cui la revoca costituisce una violazione di questo obbligo e dà luogo a responsabilità. Dice infatti l'art. 36 che, sebbene la revoca impedisca la formazione del contratto, tuttavia, se essa ha prodotto un danno, perchè l'altra parte ha impreso l'esecuzione del contratto, prima di aver notizia della revoca, sorge l'obbligo del risarcimento dei danni. Questo principio vale tanto per la revoca della proposta quanto per la revoca dell'accettazione.

Circa la revoca della proposta si deve notare che il fatto stesso della proposta ha fatto nascere nel destinatario l'aspettativa della conclusione del contratto e, se in base a questa aspettativa, egli ha accettato e iniziato l'esecuzione del contratto, la revoca, che ne impedisce la formazione, gli reca un danno illegittimo, che gli deve essere risarcito (2).

---

(1) Confr.: Appello Genova, 13 giugno 1913 (*Foro ital.*, 1914, I, 419).

(2) Il diritto al risarcimento può sorgere solo in quanto il destinatario della proposta abbia fatto dal canto suo ciò che era in lui per

Circa la revoca dell'accettazione notiamo che anch'essa dà luogo al risarcimento dei danni, quando il proponente ne venga a notizia dopo che, avendo avuto notizia dell'accettazione, ha incominciato l'esecuzione del contratto. E a questo proposito rileviamo altresì che la disposizione dell'art. 36, 2º capov., è una nuova riprova dell'esattezza di quanto si è detto più sopra circa l'efficacia della revoca dell'accettazione, perchè soltanto ammettendo che tale revoca impedisce la formazione del contratto, quando sia stata spedita prima che la notizia dell'accettazione giunga al proponente, si comprende la possibilità del risarcimento dei danni per revoca dell'accettazione. Solo invero ammettendo che sia efficace la revoca dell'accettazione, anche nel caso che la notizia dell'accettazione sia giunta al proponente, si spiega

---

portare a perfezione il contratto; ed è perciò che diciamo nel testo ch'egli deve avere inviata la risposta di accettazione. L'intrapresa esecuzione, non accompagnata dall'accettazione, non gli darebbe diritto a risarcimento, perchè fino a quando egli non accetti, non può sorgere in lui la legittima opinione che il contratto si sia perfezionato o stia per essere perfezionato: Cass. del Regno, 14 luglio 1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 995); e 1º dicembre 1926 (sentenza n. 3104, inedita). Da qualcuno si sostiene anzi che non basti nemmeno la spedizione dell'accettazione, ma occorra anche il decorso del tempo necessario per l'arrivo dell'accettazione al proponente, perchè l'intrapresa esecuzione possa dare diritto al risarcimento: CANDIAN, in *Riv. di dir. comm.*, 1914, II, 479. Questo sembra a noi eccessivo, perchè restringerebbe arbitrariamente l'efficacia della disposizione, la quale tende soprattutto a rendere facili e spediti gli affari commerciali e la necessità di un'attesa ulteriore per iniziare l'esecuzione del contratto potrebbe costituire spesso un intralcio dannoso. Del pari ci sembra arbitrario esigere il requisito della colpa del revocante, come sostiene lo stesso CANDIAN, a meno che questa colpa si faccia consistere nel fatto stesso che il proponente si decida a revocare la proposta proprio nell'ultimo momento, quando, cioè, per il fatto dell'accettazione già spedita, una legittima aspettativa di conclusione del contratto erasi già costituita nell'altra parte. Abbiamo già notato (vedi *retro*, n. 103) che l'accettazione può essere anche tacita e talvolta la stessa esecuzione data al contratto, come, per es., la spedizione della merce, può costituire accettazione tacita. Anche in questo caso si applica la regola esposta. Poichè il contratto non si perfeziona, se non quando l'accettazione giunga a notizia del proponente, è necessario, perchè il contratto sia perfetto, che la merce spedita, o almeno la notizia della spedizione, giunga al proponente. Fino a questo momento il proponente

come possa questi aver diritto ad un risarcimento di danni; altrimenti si concederebbe diritto di risarcimento al proponente, che senza attendere la risposta, inizia senz'altro l'esecuzione, ciò che equivarrebbe a far ricadere sul destinatario la responsabilità d'un fatto non suo.

108. La proposta e l'accettazione vengono meno, non solo con la revoca, ma anche con la morte (1) o con la incapacità di chi le ha emesse; l'una e l'altra causa impediscono la formazione del contratto, ogniqualvolta si producono prima che il contratto sia perfezionato colla notizia dell'accettazione da parte del proponente. È superfluo notare che non occorre che esse siano conosciute dall'altra parte prima di questo momento, basta che si siano verificate (2).

---

può revocare la proposta, ma l'intrapresa esecuzione dà all'altra parte diritto al risarcimento dei danni.

Vi sono poi casi in cui, come vedemmo, l'intrapresa esecuzione vale di per sè a perfezionare il contratto (art. 36, 1° capov.). Anche in questi casi può esservi luogo al risarcimento di danni giusta le regole esposte nel testo. Ciò è negato dal VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1547, sotto il profilo che se l'intrapresa esecuzione rende perfetto il contratto, non è possibile più la revoca dell'offerta, con la conseguente condanna del revocante al risarcimento dei danni. È indubbio che, una volta perfezionato il contratto, la revoca dell'offerta non è più possibile. Se non che bisogna considerare che, anche nei casi preveduti nel primo capoverso dell'art. 36, la perfezione del contratto richiede che la proposta sia in vita, allorchè la esecuzione venga intrapresa dall'altra parte, e fino a questo momento il proponente può sempre revocare l'offerta. Se quindi l'altra parte imprende l'esecuzione, dopo che la revoca sia avvenuta, ma non ancora giunta a sua notizia, la intrapresa esecuzione non varrà a perfezionare il contratto, ma le darà diritto al risarcimento.

(1) Cass. del Regno, 10 marzo 1925 (*Corte di cass.*, 1926, 558).

(2) Il principio dell'autonomia della proposta accolto in alcune legislazioni straniere (art. 153 del codice civile germanico) è estraneo al nostro sistema legislativo. L'opinione di qualche autore che vorrebbe distinguere tra il caso di incapacità e quello della morte (BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano 1906, pag. 196 a 173) è rimasta isolata.

Sezione II. — *La prescrizione.*

§ 24. La prescrizione in materia commerciale (1).

Sommario: 109. Nozioni generali. Il tempo: sua influenza sui rapporti giuridici. Prescrizione e decadenza. Prescrizione estintiva e prescrizione acquisitiva; sostanziale identità dei due istituti. — 110. La prescrizione in materia commerciale. Integrazione delle norme del codice di commercio con quelle contenute nel codice civile. Estensione della prescrizione in materia commerciale. Revoca di atti fraudolenti. — 111. Norme speciali in materia commerciale. Tendenza all'abbreviazione dei termini di prescrizione. La prescrizione ordinaria in materia commerciale. — 112. Le prescrizioni più brevi: loro carattere estintivo. Le prescrizioni presuntive stabilite nel codice civile: conservano il loro carattere. Altre prescrizioni brevi. — 113. La prescrizione del giudicato in materia commerciale. — 114. Modificazioni consensuali al termine di prescrizioni. Nullità delle clausole.

109. Si suole considerare la prescrizione come una delle manifestazioni dell'efficacia del tempo come fatto giuridico. In altri termini si afferma che il decorso del tempo ha per sè virtù di produrre effetti giuridici, e che questa efficacia del tempo, come fatto giuridico, si manifesta in varî istituti,

(1) *Letteratura:* Vivante, *Trattato*, IV, n. 2112 e seg.; Navarrini, *Trattato*, VI, n. 2536 e seg.; Mortara-Azzariti, *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, in *Cod. di comm. commentato*, 5ª ediz., n. 179 e seg.; Brusa e Grassi, *Delle azioni commerciali e della prescrizione*, in *Commentario al codice di commercio*, Vallardi ed., vol. IX; Majorana, *La prescrizione in materia di commercio*, Torino 1911; Sajia, *La prescrizione in materia commerciale*, Messina 1904; Marghieri, *La prescrizione in materia commerciale*, Napoli 1899; Pugliese, *La prescrizione acquisitiva*, 4ª ediz., Torino 1921; *La prescrizione estintiva*, 4ª edizione, Torino 1924; Mirabelli, *Della prescrizione*, Napoli 1893; Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, I, pag. 1071 e seg.; oltre le trattazioni generali di diritto civile; Baudry-Lacantinerie e Tissier, *Della prescrizione* (trad. italiana); Guillouard, *Traité de la prescription*, 1902; Grawein, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, 1880; Weber, *Unterschied zwischen Verjährung und Befristung*, 1898.

fra i quali la decadenza o temporalità del diritto, la prescrizione, la usucapione.

Noi crediamo che non sia esatto parlare di efficacia giuridica del tempo. Il tempo non è per sè un fatto giuridico, per la ragione molto semplice che il tempo non è qualche cosa che esiste in sè, ma, come diceva Emanuele Kant, non è altra cosa che la forma del senso interno, vale a dire dell'intuizione di noi e del nostro stato interiore. Esso non è altro che una condizione soggettiva della nostra intuizione umana; in sè stesso e fuori del soggetto, non è nulla (1).

Ma se il tempo non ha valore, se non rispetto al modo con cui noi consideriamo un fatto, è chiaro che anche in questa considerazione nostra esso è solo un modo di essere di un fatto e non un fenomeno di per sè stante.

Ciò basta dunque ad escludere che il tempo sia un fatto giuridico per sè considerato, e ci deve indurre a ricercare quali siano realmente i fatti, che hanno importanza giuridica in questi casi, in cui si parla di efficacia giuridica del tempo.

Nel caso di decadenza o temporalità del diritto, il tempo è considerato in rapporto alla durata degli effetti d'un fatto giuridico; un certo fatto produce conseguenze giuridiche per un tempo determinato, oltre il quale le conseguenze cessano e si ha perciò *decadenza del diritto*. Qui sono considerati nel tempo gli effetti giuridici; il fenomeno del prodursi di certi effetti dura un certo tempo.

Nel caso della *prescrizione estintiva* si considera il tempo in relazione ad un fatto, da cui deriva la estinzione del diritto; un certo fatto prolungato per un certo tempo produce la fine di un rapporto giuridico.

Nella prescrizione *acquisitiva o usucapione* il tempo è considerato in relazione ad un fatto, che produce l'acquisto di un diritto; un certo fatto prolungato per un certo tempo fa sorgere un rapporto giuridico.

Adunque non è mai il tempo in sè, ma è un certo fenomeno considerato nel tempo che viene in questione. E dobbiamo confessare che i casi citati, in cui un fenomeno viene considerato nel tempo dal diritto, non sono i soli, perchè

(1) E. Kant, *Critica della ragion pura*, vol. I, parte I, sez. II, § 6.

non vi è, si può dire, norma giuridica, i cui fatti non siano considerati nel tempo. Noi crediamo perciò che questo concetto del tempo come causa di effetti giuridici debba essere abbandonato, e che vano sia il voler costruire una teoria generale del tempo come fatto giuridico.

La teoria della decadenza, pertanto (1), ossia l'istituto della temporalità dei diritti, non può accomunarsi in alcun modo con la teoria della prescrizione. I diritti temporanei non sono che una sottospecie dei diritti; come vi sono diritti condizionali, così vi sono diritti a termine e fra i diritti a termine i diritti a termine estintivo. Al contrario, nella prescrizione abbiamo semplicemente una nuova consacrazione del principio che il diritto protegge lo stato di fatto; la prescrizione non è altro che la trasformazione nello stato di diritto dello stato di fatto prolungato per un certo tempo. La teoria della prescrizione appartiene dunque alla teoria dei fatti giuridici, mentre la teoria della decadenza appartiene piuttosto alla dottrina delle modalità dei rapporti giuridici.

Occupandoci qui noi dei fatti giuridici, diremo qualche cosa soltanto della prescrizione, di cui abbiamo pertanto già stabilito la profonda differenza, che la divide dall'istituto della temporalità dei diritti o decadenza.

Qual è il fatto giuridico che la legge prende in considerazione nella prescrizione? Non già il decorso del tempo; dunque nella prescrizione estintiva, l'inazione dal titolare del diritto prolungata per un certo tempo, nella prescrizione acquisitiva il possesso. Ma l'inazione del titolare del diritto, il non uso del diritto, è uno stato di fatto che corrisponde alla non esistenza del diritto; è la non esistenza di fatto del diritto. Il diritto c'è, ma di fatto è come non esistesse. Nella prescrizione acquisitiva c'è il possesso; vale a dire non c'è il diritto reale, ma c'è l'esercizio di fatto del diritto reale, il che significa che vi è uno stato di fatto corrispondente all'esistenza di un diritto reale.

Da questa constatazione molto semplice derivano due conseguenze importanti: 1° la sostanziale unità dei due istituti

(1) Sulla decadenza, v. specialmente Modica, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Torino 1906.

della prescrizione estimativa e acquisitiva, che molti giuristi a torto considerano distinti (1); 2° la comune base dei due istituti, in cui si ha uno stato di fatto che si trasforma in stato di diritto: lo stato di fatto è, nel caso della prescrizione estintiva, la non esistenza del diritto, nel caso della prescrizione acquisitiva, la esistenza del diritto.

110. La prescrizione in materia commerciale offre alcune particolarità notevoli, in confronto della prescrizione in materia civile. È chiaro che si tratta sempre dello stesso istituto giuridico, che il diritto commerciale regola in modo alquanto differente, appunto per le particolari esigenze del commercio.

Le disposizioni speciali del codice di commercio sulla prescrizione (art. 915, 926) costituiscono altrettanti deroghe alle disposizioni del codice civile. Anche qui non abbiamo una disciplina completa ed organica dell'istituto, ma una disciplina frammentaria, che presuppone quella del diritto civile. Le norme dunque del codice civile sulla prescrizione valgono anche in materia commerciale, in quanto il codice di commercio non vi abbia derogato. In questa materia solo le leggi commerciali possono avere virtù di dare vita ad una norma speciale per la materia di commercio; gli usi non possono formare il contenuto di norme di diritto commerciale perchè la materia della prescrizione è d'ordine pubblico e regolata quindi da norme imperative, che non ammettono la formazione degli usi (2). In quanto perciò la legge commerciale non disponga, si applicherà senz'altro il diritto civile. Il richiamo esplicito che l'art. 916 fa alle norme del diritto civile sull'interruzione della prescrizione non significa affatto che le altre norme del diritto civile non siano applicabili. Quel richiamo non ha alcun significato particolare, e non fa che ribadire il principio, già sancito dall'art. 1° del codice di commercio e che deriva dalla stessa natura del diritto commerciale come diritto speciale o eccezionale. Ma, poichè norme speciali sulla prescrizione in materia di commercio vi sono, e

(1) Sulla questione si cons.: Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del Windscheid*, vol. I, pag. 1074 e seguenti.

(2) Vedi *retro*, Capitolo I.

sono assai importanti, bisogna stabilire quale è la materia di commercio agli effetti di applicare la prescrizione commerciale.

Il problema si risolve molto semplicemente affermando che la materia commerciale rispetto alla prescrizione è quella che noi abbiamo stabilita in generale essere la materia di commercio: cosicchè è materia di commercio ogni rapporto derivante da un fatto o da uno stato di fatto qualificato commerciale dalla legge, tanto se il rapporto è unilateralmente commerciale quanto se è bilateralmente commerciale. La disposizione, che considera materia di commercio anche i rapporti unilateralmente commerciale all'art. 54 codice di commercio, è espressamente ribadita nell'art. 916. Il quale va perciò interpretato nello stesso modo dell'art. 54, e comprende non solo, come apparirebbe dalla lettera della legge, i rapporti derivanti da atti contrattuali, ma tutti i rapporti unilateralmente commerciali, derivino essi da un contratto, o da un negozio unilaterale, o da un fatto illecito, o anche da uno stato di fatto commerciale.

E egualmente è materia di commercio, tanto il rapporto commerciale per sè, quanto il rapporto commerciale per ragione di connessione. E pertanto si deve considerare materia di commercio il rapporto, che si costituisce fra il debitore e il creditore, il quale mediante un atto commerciale, in frode al creditore, diminuisce il proprio patrimonio. Se pure dunque il rapporto di credito, non era originariamente commerciale, l'azione diretta ad ottenere la revoca dell'atto commerciale compiuto in frode al creditore, diventa commerciale (1).

111. Vediamo ora in che cosa consiste la disciplina speciale della prescrizione in materia commerciale.

A) Le norme più importanti riguardano la *durata* della prescrizione. Mentre la durata ordinaria della prescrizione in materia civile è di 30 anni (art. 2135 cod. civile), la durata della prescrizione ordinaria in materia commerciale è di soli 10 anni (art. 917 cod. di comm.). Le ragioni, per cui la legge

(1) *Contra:* Pugliese, *Prescrizione estintiva*, n. 324, pag. 604.

ha stabilito una più breve prescrizione in materia di commercio, sono svariate. Bisogna notare anzitutto che è una tendenza naturale della legislazione quella di abbreviare la durata della prescrizione: e forse un'abbreviazione della durata della prescrizione sarebbe desiderabile anche in materia civile (1). Col raffinarsi della civiltà, progrediscono anzitutto anche i mezzi di comunicazione e aumenta la possibilità di essere informati rapidamente di ciò che avviene anche lontano da noi, e di provvedere, pure da lontano, ai nostri interessi. Cosicchè oggi occorre una durata assai più breve perchè uno stato di fatto si convalidi ed appaia agli occhi di tutti come pienamente corrispondente allo stato di diritto. Si può dire che col progredire della cultura e della civiltà il valore del tempo aumenti, e corrispondentemente diminuisca il tempo necessario a trasformare lo stato di fatto in istato di diritto, di fronte alla coscienza universale.

In materia commerciale a queste ragioni altre se ne aggiungono. Dobbiamo ricordare la rapidità, con cui si formano e si liquidano gli affari commerciali; la vita del commercio è molto più rapida ed intensa che non quella civile. Inoltre si deve tenere presente la maggior cultura di coloro che si occupano di commercio, e la cura più vigile che essi hanno dei proprî interessi; può dirsi che in materia commerciale il tempo ha un valore maggiore che in materia civile. E la abbreviazione della prescrizione, che ne consegue, è destinata probabilmente in avvenire ad accentuarsi sempre di più. Già ora si vede la tendenza verso una tale riduzione; infatti, il codice di commercio stabilisce prescrizioni minori di dieci anni per una quantità di rapporti, che comprendono una parte cospicua della materia commerciale: in tema di società, di cambiali, di assicurazioni, di trasporti.

A proposito della durata della prescrizione commerciale sorgono alcune interessanti questioni, a cui accenneremo brevemente. Si domanda in primo luogo se le disposizioni del codice di commercio sulla prescrizione, e precisamente quella

---

(1) Sulla convenienza di abbreviare la durata della prescrizione, V. Scialoja, *Per l'abbreviazione dei termini della prescrizione*, in *Rivista di diritto civile*, 1909, pag. 3.

dell'art. 917 sulla durata della prescrizione ordinaria in materia commerciale, si applichino soltanto alla prescrizione estintiva o anche alla prescrizione acquisitiva.

Noi crediamo che vi sia una prescrizione acquisitiva commerciale così come vi è una prescrizione estintiva. La disposizione dell'art. 917 è generica; dice la legge che la prescrizione ordinaria in materia commerciale si compie col decorso di dieci anni in tutti i casi, pei quali non sia stabilito una prescrizione più breve. Ora, nel sistema del nostro diritto positivo, la prescrizione è un istituto unico, che anche il codice civile considera da un punto di vista generale. L'articolo 2135 del codice civile definisce genericamente la prescrizione come un mezzo « per cui col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto o è liberato da obbligazione ». E per chi penetri appena a fondo nella struttura giuridica di questo istituto, la sostanziale unità delle due forme in cui esso si manifesta appare evidente. Abbiamo veduto che in ambedue i casi si ha lo stesso fenomeno giuridico della trasformazione di uno stato di fatto in stato di diritto, e che l'unica differenza sta nella diversa natura dello stato di fatto, a cui la legge riconosce effetti giuridici, giacchè nella prescrizione acquisitiva esso consiste nell'esercizio di fatto di un diritto, che non esiste, e nella prescrizione estintiva nel non esercizio di fatto di un diritto, che esiste. Si ragiona pertanto semplicisticamente quando dalle differenze vere, ma secondarie, tra i due istituti si vuole argomentare una loro differenza sostanziale.

Ma se legislativamente e scientificamente la prescrizione estintiva e quella acquisitiva si possono ricondurre ad un unico principio generale, ne consegue che, quando la legge disciplina giuridicamente la prescrizione, ambedue le forme di questo istituto si devono ritenere disciplinate, e quindi le norme che valgono per la prescrizione estintiva hanno valore anche per quella acquisitiva. E un argomento di gran peso a prova dell'esistenza di una prescrizione acquisitiva commerciale, si desume dall'art. 918 codice di commercio, il quale stabilisce espressamente che la prescrizione acquisitiva della proprietà della nave si matura in dieci anni, e riduce a cinque questa durata quando si tratta di un possessore di buona fede.

Contro questa interpretazione furono mosse alcune obbiezioni, gravi, ma non insuperabili.

1° Si è detto, anzi tutto, che dai lavori preparatorî risulta chiarissima la intenzione del legislatore di non modificare per nulla il regime della prescrizione acquisitiva consacrato dal codice civile. Durante i lavori preparatorî del codice di commercio fu espresso esclusivamente il proposito di raccogliere in un unico titolo le disposizioni sopra la prescrizione, sparse nei varî titoli del codice precedente, che riguardavano tutte la prescrizione estintiva.

2° Si è detto ancora che il codice di commercio non ha alcuna norma sulla prescrizione acquisitiva, anzi, mentre l'articolo 2135 del codice civile menziona espressamente tanto le azioni reali quanto le personali, l'art. 917 del codice di commercio dice semplicemente che la prescrizione ordinaria, in materia commerciale, è di dieci anni. E della prescrizione acquisitiva si occupa bensì, ma soltanto a proposito della usucapione della proprietà delle navi (art. 918): la menzione speciale della prescrizione acquisitiva, in questo caso, dimostra che per gli altri la legge commerciale si è rimessa al diritto civile.

3° Se si ammettesse, si prosegue, che la prescrizione acquisitiva, in materia commerciale, dovesse ritenersi ridotta a dieci anni, verrebbe meno la distinzione fra il caso di possesso di buona fede e quello di possesso di mala fede. Mentre in diritto civile il possessore di buona fede prescrive in dieci anni, in confronto di quello di mala fede, che prescrive in trenta anni, in materia commerciale non vi sarebbe alcuna distinzione.

4° In virtù dell'istituto dell'unione dei possessi (*accessio possessionis*), il possessore attuale può aggiungere al proprio il possesso del suo autore, per completare l'usucapione (art. 693 codice civile). Ora, posto che la durata della prescrizione acquisitiva in materia civile sia diversa da quella commerciale, come si farebbe a computare il tempo necessario a prescrivere in caso di unione dei possessi, quando uno dei possessori avesse posseduto a titolo civile e l'altro a titolo commerciale? Se la congiunzione dei possessi non si fa, e si richiede sempre il decennio per il possessore a titolo commer-

ciale e il trentennio per quello a titolo civile, si va contro il disposto dell'art. 693 del codice civile. Se, invece, la congiunzione si fa, non si sa come calcolare gli anni del possesso civile e quelli del possesso commerciale. Se, per esempio, dopo nove anni di possesso commerciale, si fa luogo al possesso civile, quei nove anni si computeranno come nove decimi della prescrizione commerciale, oppure come nove anni della più lenta prescrizione civile? E se un possessore a titolo civile possiede da vent'anni e vende l'immobile a un commerciante, come si considereranno quei venti anni trascorsi rispetto al possesso commerciale?

A noi sembra che queste difficoltà (1) si possano vincere.

1° L'argomento dedotto dai lavori preparatorî, è in verità, di tutti il meno grave. I lavori preparatorî non dicono nulla sulla prescrizione acquisitiva. Ma se si considerano nella loro connessione, si deve anzi giungere ad una conclusione opposta; che essi, non solo non contengono nulla contro la ammissibilità di una prescrizione acquisitiva commerciale, ma attestano dell'intenzione di coloro, che prepararono la vigente legislazione commerciale, di non distinguere fra prescrizione estintiva e acquisitiva.

Negli atti della Commissione del 1869 è detto: « Le disposizioni del capo II, *Della prescrizione*, contengono altrettante derogazioni ai principî stabiliti nel titolo XXVIII, libro III, del codice civile e perciò devono seguire un ordine corrispondente a quello ivi adottato. Da ciò deriva che le norme speciali, riguardanti la prescrizione ordinaria commerciale e le prescrizioni più brevi, debbono esser precedute dalle norme generali, che riflettono l'istituzione in sè stessa e le cause di

(1) Le obbiezioni esposte nel testo furono specialmente formulate dal VIVANTE, nella 2ª edizione del suo *Trattato*, IV, n. 2212. Nelle posteriori edizioni questo autore ha però abbandonata la dottrina sostenuta precedentemente, riconoscendo che, data l'unità del sistema legislativo in materia di prescrizione civile e commerciale, non può limitarsi il contenuto della prescrizione commerciale alla sola prescrizione estintiva, sebbene poi egli persista nel considerare, contrariamente alla nostra opinione, la prescrizione estintiva e quella acquisitiva come due istituti essenzialmente diversi: *Trattato*, 5ª ediz., IV, n. 2223, seguendo in ciò PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, n. 3.

interruzione o d'impedimento della prescrizione » (1). E a proposito della durata della prescrizione, la Commissione stessa, all'atto in cui stabiliva in dieci anni la durata della prescrizione commerciale ordinaria, si richiamava alle eccezioni stabilite nello stesso progetto di codice, relative a prescrizioni di più breve durata, e in *prima linea* ricordava la prescrizione acquisitiva rispetto alla proprietà delle navi (2).

Ora, è chiaro che, se la Commissione, fra le eccezioni, ha considerato un caso di prescrizione acquisitiva, essa ha voluto, anche per la regola, riferirsi a questo caso.

2° Neppure sussiste il preteso silenzio del codice di commercio. Perchè, al contrario, il codice ha nell'art. 917 una disposizione concepita in termini generali: « La prescrizione ordinaria in materia commerciale si compie col decorso di dieci anni ». E se non menziona, come l'art. 2135 del codice civile, distintamente le azioni reali e le azioni personali, ciò avviene perchè, invece di riferirsi specificamente alle azioni, parla genericamente di prescrizione. E non vale il dire che l'art. 2135 contiene l'inciso: « senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede », con cui si fa richiamo esplicito alla prescrizione acquisitiva, mentre l'art. 917 del codice di commercio non contiene più tale richiamo. Si dimostra solo con questa obbiezione che il codice di commercio non regola *ex integro* l'istituto della prescrizione, ma contiene solo eccezionali modificazioni alle norme del codice civile; e che per tanto l'art. 917 si è limitato a disporre su quel punto, in cui il diritto commerciale si allontana dal diritto civile, quello cioè della durata della prescrizione. Per tutto il resto non era necessario ripetere ciò che il codice civile aveva già stabilito; il silenzio della legge commerciale non è che un richiamo al diritto civile. Quanto alla disposizione dell'art. 918, che regola la prescrizione acquisitiva in materia di proprietà delle navi, essa si giustifica ampiamente, poichè con questo articolo si riduce la durata della prescrizione a cinque anni, quando vi sia giusto titolo e buona fede. Anzi, il fatto che una

(1) *Atti della Commissione del* 1869, in CASTAGNOLA e GIANZANA, *Fonti e motivi,* vol. III, pag. 304.

(2) CASTAGNOLA e GIANZANA, op. citata.

disposizione sulla prescrizione acquisitiva vi sia nel codice di commercio, dimostra che il concetto di una prescrizione acquisitiva commerciale rientra perfettamente nel quadro della prescrizione, quale è regolata dal codice di commercio.

3º e 4º Quanto all'argomento relativo alla distinzione tra possessore di buona e di mala fede, non neghiamo che esso abbia una certa gravità; ma nulla vi sarebbe di strano nell'ammettere che il legislatore commerciale, considerando troppo lungo il termine trentennale della prescrizione civile, lo avesse abbreviato, lasciando inalterato quello decennale per il caso di possesso di buona fede. Osserviamo però che la difficoltà si riferisce esclusivamente alla prescrizione acquisitiva in materia immobiliare, perchè è solo in rapporto all'usucapione della proprietà o di altri diritti su immobili che l'articolo 2137 del codice civile fa distinzione fra possessore di buona e di mala fede. Ora, nel campo dei diritti reali immobiliari noi riteniamo che effettivamente la prescrizione acquisitiva commerciale non abbia possibilità di applicazione; non già per la ragione che la prescrizione commerciale sia solamente estintiva, sibbene perchè il regime dei diritti reali immobiliari non è regolato dal codice di commercio. Nessuna disposizione vi è nel codice di commercio che riguardi la disciplina dei diritti reali immobiliari (1). I contratti, che generano rapporti obbligatorî, non devono essere confusi con i diritti reali, anche se questi costituiscano oggetto dei contratti. Il codice di commercio non tocca in alcun modo il regime legislativo stabilito organicamente nel codice civile per la materia immobiliare. Non esistono quindi nè una proprietà immobiliare commerciale, nè diritti reali commerciali su immobili. Solo i rapporti personali, che derivano da contratti di vendita, o eventualmente da altri contratti relativi a beni immobili, possono formare materia di commercio; mentre la disciplina dei diritti reali immobiliari è da ricercare nel codice civile. Per conseguenza anche l'usucapione immobiliare, che è un modo di acquisto dei diritti reali e fa parte del complesso

---

(1) Vedi più sopra num. 76.

del regime legislativo degli immobili, rimane esclusivamente regolata dal codice civile (1).

Cade con ciò anche l'ultimo argomento che contro il carattere acquisitivo della prescrizione commerciale, si vuol desumere dagli inconvenienti che derivano dal calcolo del tempo nel caso dell'unione dei possessi. Questi inconvenienti, che del resto non sarebbero nemmeno insuperabili (2), potrebbero praticamente verificarsi solo nel caso di usucapione di immobili o di diritti reali su immobili e, come abbiamo ora notato, tale usucapione rimane regolata dal codice civile.

Nulla quindi si oppone ad ammettere che la prescrizione ordinaria di dieci anni in materia commerciale sia non soltanto estintiva, ma anche acquisitiva (3), sebbene sia da

---

(1) Si esclude generalmente che la prescrizione acquisitiva commerciale operi in materia immobiliare: MORTARA e AZZARITI, *Commento*, vol. X, n. 208; VIVANTE, *Trattato*, vol IV, n. 2223; NAVARRINI, *Trattato*, vol. VI, n. 2547; TARTUFARI, in *Temi ven.*, 1894, 149; Cass. Napoli, 24 aprile 1917 (*Mon. trib.*, 1917, 571).

(2) Gli inconvenienti si supererebbero computando ciascun possesso per quello che è effettivamente. In altri termini, ogni possesso si regolerebbe secondo la sua legge. In tal modo, quando a un possessore a un titolo civile succedesse un possessore a un titolo commerciale, agli effetti della prescrizione commerciale il possesso civile si ridurrebbe a una parte proporzionale della prescrizione commerciale uguale a quella che esso rappresentava rispetto alla prescrizione civile. E viceversa, quando a un possessore commerciale succedesse un possessore civile, il possesso si computerebbe, agli effetti della prescrizione civile, per una durata proporzionale, uguale a quella che esso aveva rispetto alla prescrizione commerciale. Così, ad es., una persona ha posseduto civilmente per dieci anni, il nuovo acquirente, che possiede in base a un atto di commercio, computerà a suo favore il tempo trascorso della prescrizione e quindi avrà bisogno ancora di due terzi del tempo stabilito per la prescrizione, soltanto che questi due terzi si calcoleranno sulla prescrizione commerciale. E al contrario, se taluno ha posseduto commercialmente per cinque anni, il nuovo possessore a titolo civile computerà a suo favore la metà della prescrizione e avrà bisogno, quindi, ancora dell'altra metà della prescrizione, computata però sulla durata della prescrizione civile, cioè di quindici anni.

(3) In questo senso: MORTARA e AZZARITI, *Codice di commercio*, vol. X, n. 207; VIVANTE, *Trattato*, 5ª ediz., n. 2223; NAVARRINI, *Trattato*, vol. VI, n. 2537; MAJORANA, *La prescrizione in materia di commercio*, num. 19. Contro: PUGLIESE, *Prescrizione estintiva*, num. 320, pag. 591

riconoscere che, praticamente, piuttosto limitate sono le possibilità di applicazione della prescrizione acquisitiva in materia commerciale. Fuori del campo immobiliare, che per le ragioni già esposte rimane escluso dalla prescrizione commerciale, la prescrizione acquisitiva ha, infatti, un raggio di azione molto ristretto. Per le singole cose mobili, la regola *possession vaut titre*, accolta nell'articolo 707 del codice civile, rende inapplicabile la prescrizione acquisitiva nel caso di possesso di buona fede. Per l'ipotesi di furto o di smarrimento, l'azione di rivendicazione contro il terzo, che detenga la cosa rubata o smarrita, è sottoposta ad una breve prescrizione di due anni, giusta l'art. 2146 del codice civile. Sicchè la prescrizione acquisitiva commerciale potrebbe trovare applicazione solo al caso di possesso in mala fede di merci o di titoli al portatore, fuori delle ipotesi prevedute negli articoli 707, 708 e 709 del codice civile, e per le universalità, alle quali la regola dell'art. 707 del codice civile non è applicabile (1).

---

e seg. Egualmente contraria era, come abbiamo già avvertito, l'opinione del VIVANTE nelle prime due edizioni del suo *Trattato*

(1) La prescrizione acquisitiva potrebbe quindi trovare applicazione per l'acquisto di un'azienda commerciale che, come dicemmo, è una universalità, sebbene sia da notare che i singoli elementi di cui si compone l'azienda conservano il proprio regolamento legislativo e quindi per le singole cose mobili che, in un singolo momento, ne fanno parte, l'acquisto si verificherà, indipendentemente dalla prescrizione, per effetto della disposizione dell'art. 707 codice civile, mentre, per gli immobili, la prescrizione acquisitiva dovrà avvenire secondo le regole del codice civile. Sicchè, in sostanza, la prescrizione acquisitiva avverrebbe per l'azienda considerata come complesso, più che per le singole cose corporali che in ciascun momento la compongono: FADDA e BENSA, *Note al* WINDSCHEID, I, pag. 509; MORTARA e AZZARITI, *Commento*, citato, num. 209. Un altro campo, in cui la prescrizione acquisitiva commerciale può trovare applicazione, è quello dei segni distintivi. Si è infatti discusso se sia possibile l'acquisto per prescrizione di una denominazione commerciale. È da escludere naturalmente la possibilità di acquisto della ditta intesa come nome del commerciante; la questione potrebbe essere proposta solo per la ditta in senso obbiettivo (vedasi *retro*, § 19) ed inoltre per l insegna, per la denominazione di un prodotto, notandosi peraltro che per i marchi registrati la questione assumerebbe particolare aspetto a causa della protezione legislativa speciale connessa appunto alla registrazione. La Corte

112. Oltre la prescrizione ordinaria di dieci anni, si hanno, in materia commerciale, prescrizioni più brevi.

Si prescrivono col decorso di *cinque anni:*

1° le azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni sociali, qualora siano state eseguite regolarmente le pubblicazioni prescritte dalla legge (art. 919, n. 1);

2° le azioni derivanti dalle cambiali e dagli assegni bancari (art. 919, n. 2);

3° l'azione per rivendicare la proprietà della nave, quando chi possiede sia di buona fede e abbia ricevuto la nave in base a un titolo debitamente trascritto e formalmente valido (art. 918).

Si prescrivono col decorso di *tre anni* le azioni derivanti dai contratti di prestito a cambio marittimo o di pegno sulle navi (art. 920).

Si prescrivono col decorso di *due anni* le azioni dei mediatori per il pagamento del diritto di mediazione e le azioni di risoluzione e di annullamento del concordato nei fallimenti (art. 922).

Si prescrivono col decorso di *un anno*:

1° le azioni di risarcimento dei danni cagionati dall'urto di navi (art. 923);

2° le azioni per contributo di avaria comune (articolo 923);

3° le azioni derivanti dal contratto di noleggio (articolo 924);

---

di cassazione di Firenze ha più volte risoluto la questione in senso affermativo: 18 gennaio 1896 (*Giur. ital.*, 1896, I, 1, 139); 15 luglio 1901 (*Ivi*, 1901, I, 1, 905); 12 marzo 1903 (*Ivi*, 1903, I, 1, 320); 30 novembre 1916 (*Ivi*, 1922, I, 1, 555). In dottrina prevale l'opposta opinione per la pretesa inidoneità della cosa immateriale ad essere oggetto di vero e proprio possesso *ad usucapionem* e per la difficoltà di configurare un possesso non equivoco di beni immateriali. Si consulti: Cass. Roma, 15 maggio 1916 (*Giur. ital.*, I, 1, 772) e, inoltre: Mortara e Azzariti, *Commento* citato, n. 210-212. Ma si tratta di argomenti, la cui fragilità appare dalla loro stessa enunciazione. La ripugnanza della dottrina da ammettere una prescrizione acquisitiva di beni immateriali dipende, a mio avviso, dallo stato di insufficiente elaborazione, in cui si trova, ancora, nella scienza giuridica, la teoria dei diritti assoluti non reali, ossia dei diritti assoluti su beni immateriali.

4° le azioni derivanti dal contratto di assicurazione (art. 924) (1);

5° le azioni derivanti dal contratto di arruolamento (art. 924);

6° le azioni derivanti dalla somministrazione di vettovaglie e di altre cose necessarie all'allestimento della nave (art. 925);

7° le azioni derivanti dal contratto di trasporto, quando la spedizione sia fatta in paesi extra-europei (art. 926).

Si prescrivono col decorso di *sei mesi* le azioni derivanti dal contratto di trasporto, quando la spedizione fu fatta in Europa, eccettuate l'Islanda e le isole Feroe, in una piazza marittima dell'Asia o dell'Africa sul Mediterraneo, sul Mar Nero, sul canale di Suez, o sul Mar Rosso, ovvero in una piazza interna congiunta ad una delle marittime anzidette mediante strada ferrata (art. 926) (2).

Queste prescrizioni più brevi fanno sorgere qualche dubbio sulla loro natura. Noi sappiamo infatti che le prescrizioni brevi del codice civile (art. 2138 e segg.) non hanno carattere veramente estintivo, ma semplicemente presuntivo, perchè l'art. 2142 del codice civile stabilisce che coloro, a cui sono opposte tali prescrizioni, possano deferire il giuramento per accertare se realmente ha avuto luogo l'estinzione del debito. Non si tratta pertanto di vere prescrizioni, ma di semplici presunzioni di pagamento, le quali ammettono una sola prova contraria: quella derivante dal giuramento. Invece le prescrizioni più brevi del codice di commercio sono vere prescrizioni estintive. Sarebbe erroneo richiamarsi all'art. 1° del codice di commercio per applicare anche ad esse la disposizione dell'art. 2142 del codice civile, e ritenerle prescrizioni presuntive. L'applicazione dell'art. 2142 è esclusa dal fatto che

---

(1) Si può ricordare a questo proposito la prescrizione di eguale durata stabilita nella legge per gli infortuni sul lavoro (art. 17, testo unico, 31 gennaio 1904, n. 51).

(2) Le azioni derivanti dal contratto di trasporto di cose sulle ferrovie dello Stato si prescrivono: quelle contro l'Amministrazione in 180 giorni e quelle a favore dell'Amministrazione ferroviaria nel termine di un anno (art. 66 delle *Condizioni per i trasporti delle cose sulle ferrovie dello Stato*, approvate con regio decreto 12 novembre 1921, n. 1585).

la legge commerciale annovera queste fra le prescrizioni vere e proprie e con ciò dispone in materia, mentre è noto che il diritto civile si applica solo quando la legge commerciale non dispone.

La soluzione data a tale dubbio ci conduce a esaminare e a risolvere un'altra questione, che si presenta in questa materia. Si può dubitare se, avendo il codice di commercio stabilito una prescrizione ordinaria commerciale e aggiunto poi ad essa altre prescrizioni speciali molto più brevi, non si debba per avventura ritenere che la materia della prescrizione sia stata completamente regolata dal codice di commercio, così che in materia di commercio non valgano le prescrizioni brevi presuntive stabilite dal codice civile. Ora questa sarebbe una conclusione inesatta. La materia della prescrizione è regolata dal codice di commercio in modo incompleto. Anzi il codice si occupa esclusivamente della prescrizione vera e propria, e niente affatto della prescrizione presuntiva, che è un istituto tutto speciale e si riferisce più alla materia delle prove che a quella della prescrizione. Dobbiamo dunque ritenere che le norme del codice civile riguardanti le prescrizioni più brevi si applicano anche in materia commerciale. E in questa opinione ci conferma l'art. 917 del codice di commercio, che, stabilendo in dieci anni la prescrizione in materia commerciale, fa salvi tutti i casi, in cui e nel codice di commercio e in altre leggi sia stabilita una prescrizione più breve (1).

---

(1) La soluzione esposta nel testo è prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza: Cass. Palermo, 18 giugno 1918 (*Giur. ital.*, 1918, I, 1, 1041); Cass. Torino, 28 marzo 1914 (*Riv. di dir. comm.*, 1915, II, 13); Cass. Firenze, 2 aprile 1903 (*Giur. ital.*, 1903, I, 1, 556). Contro: VIDARI, *Corso*, n. 9092; LESSONA, *Teoria delle prove*, II, 78; Cass. Roma, 19 febbraio 1923 (*Riv. di dir. comm.*, 1924, II, 13). Nel testo si parla delle brevi prescrizioni presuntive stabilite negli art. 2138-2140 del codice civile. Avvertiamo però che in questo codice vi sono anche altre prescrizioni brevi che non hanno carattere presuntivo, ma sono vere e proprie prescrizioni estintive, vedi, per esempio, art. 2144. Anche queste prescrizioni sono state mantenute ferme dal codice di commercio, come è esplicitamente disposto nell'art. 917 ricordato nel testo. Anche in materia commerciale si applica pertanto la prescrizione di cinque anni stabilita nell'art. 1300 del codice civile per le azioni di nullità e di rescissione dei

113. Una questione di grande importanza teorica e pratica si presenta spesso in materia di prescrizione commerciale, quella della durata della prescrizione del giudicato. Si applicherà al giudicato commerciale la prescrizione decennale commerciale o la trentennale civile? Coloro i quali sostengono che l'azione derivante dal giudicato commerciale deve regolarsi agli effetti della prescrizione, secondo il codice di commercio, si riferiscono alla natura puramente dichiarativa della sentenza. Si dice: se la sentenza, come nel diritto moderno non si può dubitare, ha solamente l'effetto di dichiarare il diritto, ciò che si fa valere dopo la sentenza non è che il diritto preesistente; e, se preesiste un diritto di natura commerciale, la prescrizione sarà quella commerciale.

Malgrado che questo argomento appaia difficilmente contestabile (1), l'opinione prevalente, specie in giurisprudenza, ritiene l'applicabilità della ordinaria prescrizione civile di trent'anni all'azione derivante dal giudicato commerciale.

Che praticamente questa sia la sola soluzione possibile, appare subito dai grandissimi inconvenienti pratici, a cui s'andrebbe incontro se si ammettesse l'opinione contraria. Quando si è ottenuta una sentenza del magistrato, si vuol essere tranquilli e si ha diritto di esserlo: ora di fronte alle brevissime prescrizioni commerciali di un anno, di due anni, perfino

---

contratti. È da ritenere che le norme particolari dettate nell'art. 1300, relative all'inizio di tale prescrizione, rimangano ferme anche in materia commerciale, sebbene la questione sia alquanto controversa, ritenendosi da alcuno che non si possa più agire, per invalidare il contratto, dopo che dalla conclusione di esso sia decorso il termine ordinario della prescrizione; così Vivante, *Trattato*, IV, n. 2219; Cass. Firenze, 22 novembre 1912 (*Riv. di dir. comm.*, 1913, I, 443); e in senso opposto: Mortara e Azzariti, *Commento*, cit., n. 214; Pugliese, *Prescrizione estintiva*, n. 193 e 334; Navarrini, *Trattato*, VI, n. 2556 e 2556 *bis*; App. Firenze 1º giugno 1912 (*Giur. ital.*, 1912, I, 2, 692).

(1) Vedi specialmente la monografia del Fadda, *La prescrizione del giudicato commerciale*, in *Filangieri*, 1898, il quale sostiene che sia sempre la prescrizione propria del rapporto originario quella che decorre dopo il giudicato. Altri ritiene che debba essere applicata la prescrizione ordinaria commerciale, anche se originariamente il rapporto era soggetto ad una prescrizione speciale più breve: Bonelli, *Della cambiale*, in *Commentario* del Vallardi, n. 334.

di sei mesi, il tempo dato a chi ha ottenuto l'accertamento giudiziale del proprio diritto per realizzarlo, sarebbe ridotto in maniera eccessiva e poco pratica. Noi crediamo che la giurisprudenza prevalente abbia ragione e che l'argomento desunto dalla natura dichiarativa della sentenza non sia decisivo.

Bisogna ricordare che, tanto nel processo di cognizione, quanto in quello di esecuzione, non si fa valere un diritto privato contro l'altra parte, ma si fa valere un diritto pubblico verso lo Stato, perchè tale si deve considerare il diritto di azione. La prescrizione, quale è regolata dal diritto civile, non riguarda, a vero dire, l'azione, cioè il diritto processuale di rivolgersi agli organi giudiziari, ma riguarda il diritto materiale. E, se inesattamente si parla spesso di prescrizione dell'azione, ciò dipende dai ricordi della compenetrazione fra diritto e azione, che si verificava in altri stadî dell'evoluzione giuridica, quando il processo e il giudizio avevano ancora natura prevalentemente privata, e la realizzazione giudiziaria del diritto risentiva dell'antica autodifesa. Ma nel diritto moderno, affermatosi il carattere pubblico, cioè statale, del processo e del giudizio, l'azione si è separata dal diritto ed è diventata un diritto soggettivo per sè stante, e la prescrizione dei codici del diritto privato si riferisce al diritto materiale e non all'azione.

Se dunque, nel processo di cognizione, il problema della prescrizione viene in campo, ciò accade perchè, accertandosi l'esistenza del diritto, si deve necessariamente decidere se esso ancora è in vita o se è estinto per prescrizione. Ma superato lo stadio di cognizione, accertata l'esistenza del diritto, il problema della prescrizione *non si pone più;* perchè oramai una sentenza ha incontestabilmente dichiarato che il diritto esiste.

Non è dunque che al diritto accertato, dopo la sentenza, si possa applicare una prescrizione piuttosto che l'altra, quella civile piuttosto che quella commerciale; dopo la sentenza non si può più discutere di *prescrizione del diritto materiale.* Se di prescrizione si può parlare, questo riguarda in ogni caso, non più il diritto materiale, ma il diritto di azione, cioè il diritto soggettivo pubblico, che il cittadino ha di

rivolgersi allo Stato per ottenere giustizia. Questo diritto veramente non si esaurisce con lo stadio di cognizione; non è solo diritto alla sentenza, è anche diritto alla esecuzione forzata.

Ma evidentemente il diritto d'azione, appunto perchè non è un diritto privato, non è nè civile, nè commerciale, e non si può discutere se ad esso si debba applicare la prescrizione del codice civile o quella del codice di commercio.

Il problema è totalmente diverso; si tratta di vedere se i diritti pubblici siano suscettibili di prescrizione come i diritti privati; problema grave, a cui si può dare una risposta affermativa, ritenendo la prescrizione un istituto di carattere generalissimo, comune tanto al diritto pubblico quanto al diritto privato. Ma, in mancanza di una disposizione speciale della legge, e dovendosi procedere per analogia, è chiaro che si dovrà applicare per analogia la disposizione del codice civile e ritenere che nel campo del diritto pubblico la prescrizione ordinaria sia di trenta anni. In conclusione, se si vuol ritenere prescrittibile l'azione derivante dal giudicato, le si dovrà applicare la prescrizione trentennale (1).

114. Un'ultima questione, molto importante, riguarda le clausole contrattuali, che hanno per oggetto il decorso della prescrizione. Si domanda: è lecito ai privati contrattare circa il decorso della prescrizione?

Per quel che riguarda la prescrizione già decorsa non vi è dubbio alcuno; ad essa si può rinunciare, perchè l'eccezione di prescrizione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma deve essere proposta dalle parti: quindi testualmente l'art. 2107 del codice civile ammette che si possa rinunciare alla prescrizione compiuta.

(1) La nostra giurisprudenza è da tempo costantissima nel senso dell'applicabilità della prescrizione trentennale. Sarebbe perciò superflua qualsiasi indicazione delle numerose pronuncie sull'argomento. Anche la dottrina è in grandissima prevalenza nello stesso senso. La letteratura copiosa è riassunta da Ricca-Barberis, in *Giur. ital.*, 1904, I, 1, 759, e da Galante, *Ivi*, 1900, IV, 273. Si cons. anche Lordi, in *Riv. di dir. comm.*, 1920, II, 671. Per le questioni particolari che si presentano in questa materia, cfr. Mortara e Azzariti, *Commento*, cit. n. 192 e seguenti.

Per la prescrizione non compiuta il problema si pone in un modo differente. Intanto non è dubbio che tutte le convenzioni, le quali tendono ad allungare la prescrizione, siano nulle: nel divieto di rinunciare alla prescrizione, prima che sia compiuta, è implicito il divieto di allungarne i termini.

Il dubbio sorge invece, quando si pattuisca, non già un allungamento, ma una abbreviazione della prescrizione. Per quanto la questione sia disputabile e vi siano scrittori (1), i quali ritengono che si possa abbreviare la prescrizione con convenzioni private, noi crediamo che ciò non sia possibile. E questo per una ragione assai semplice. La materia della prescrizione, specialmente per quello che riguarda la durata di essa, è ispirata all'interesse generale. Il principio, su cui si basa l'istituto della prescrizione, è quello del riconoscimento dello stato di fatto. Il diritto non vuole che i rapporti restino lungamente incerti e, poichè il suo scopo supremo è la conservazione della pace sociale, non vuole perpetuare le controversie.

Ora, se questo è il fondamento dell'istituto della prescrizione, si capisce come il tempo necessario a prescrivere non possa essere oggetto di contrattazione fra i privati, ma sia un elemento, la cui valutazione va rimessa al legislatore. È il diritto che stabilisce la durata della prescrizione, per motivi che sono superiori alla volontà privata e si riferiscono all'interesse pubblico, ispirandosi a una giusta conciliazione fra due interessi opposti: quello della giustizia assoluta, che vuol attribuire a ciascuno il suo, e quello dell'ordine sociale, che richiede non si discuta di nuovo sopra un assetto ormai stabilito. I privati non possono sostituire i proprî apprezzamenti a quelli del legislatore, nè prolungando, con l'allungamento della prescrizione, uno stato d'incertezza, che la legge tende ad eliminare; nè alterando, colla abbreviazione

(1) VIVANTE, *Trattato*, IV, num. 2222. Le sentenze che si sogliono citare non sono decisive, perchè quasi sempre pronunciate a proposito di termini di decadenza, e non già di termini di prescrizione. Si veda però: Cass. Firenze, 18 gennaio 1917 (*Riv. di dir. comm.*, 1917, II, 397, con nota di GIANNATTASIO).

della prescrizione, quello stato di fatto, che la legge vuole resti consolidato per un certo tempo, perchè possa trasformarsi in stato di diritto (1).

---

(1) In questo senso: PUGLIESE, *Prescrizione estintiva*, 4ª ediz., n. 145; DEGNI, in *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 653; MORTARA e AZZARITI, *Commento* cit., n. 175; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 4ª ediz., vol. II, pag. 312, nota 1.

Capitolo IV.

Realizzazione dei rapporti giuridici commerciali.

§ 25. Considerazioni generali.

Sommario: 115. La giustizia di Stato e la difesa privata. Cenni storici. La difesa privata nel diritto moderno.

115. Nella vita del diritto l'osservanza spontanea della norma, da parte degli obbligati, si può dire la regola. Sotto l'influsso di molteplici cause, come la forza del sentimento giuridico, quella della tradizione e dell'imitazione, il timore della sanzione e della coazione, colui, al quale il diritto impone una determinata condotta, nella grandissima maggioranza dei casi, vi si assoggetta spontaneamente. Di regola, pertanto, i rapporti giuridici sono realizzati per opera dello stesso soggetto passivo, ossia dell'obbligato.

Ma è da prevedere il caso che ciò non avvenga. In questa ipotesi, alla realizzazione volontaria del diritto si sostituisce la realizzazione *forzata*. Della quale occorre particolarmente occuparsi, perchè appunto nella possibilità dell'uso della forza (coazione) sta una delle caratteristiche essenziali del diritto, e l'ordinamento della realizzazione forzata dei rapporti giuridici costituisce uno degli istituti giuridici più importanti.

Non occorre qui occuparsi di tutto questo importantissimo tema, ma solo della parte, che concerne i rapporti commerciali, rispetto a cui non mancano particolarità interessanti.

La realizzazione dei diritti può avvenire in due forme. La forma più comune, allo stato odierno della evoluzione giuridica, quella perciò che ci appare come la più naturale, è la realizzazione giudiziaria.

Tuttavia nè storicamente, nè logicamente, essa è la prima ad apparire. Invece, nella evoluzione della società e del diritto, la realizzazione dei rapporti giuridici appare dapprima

come affidata alla forza privata del titolare stesso del diritto; in altri termini, il sistema dell'*autodifesa* precede quello della *difesa giudiziaria* del diritto.

Nelle società primitive ancora scarsamente organizzate, in cui debole e malcerta è l'autorità dello Stato, e in cui pertanto questo non ha ancora rivendicato a sè completamente la funzione di organo specifico del diritto, vige, come regola, il sistema della difesa privata (1). La quale non è soltanto realizzazione di un diritto preesistente, ma in fondo anche affermazione del proprio diritto. L'individuo e il suo gruppo, legato a lui in un vincolo di stretta solidarietà, tutelano da sè i proprî interessi. Li tutelano entro i limiti segnati dal primitivo costume indistinto e li realizzano nella misura delle forze, di cui dispongono. In progresso di tempo l'autorità dello Stato si consolida e comincia la lotta secolare dello Stato contro gli individui e i gruppi e contro la consuetudine di farsi giustizia da sè. In questa lotta lo Stato comincia con l'interporsi come paciere e costringe i privati a deferire ad arbitri le loro controversie; donde il carattere semiprivato della primitiva procedura, di cui restano larghe traccie, ad esempio, nel processo romano classico. In fine lo Stato afferma la sua autorità; bandisce sempre più la consuetudine come fonte di diritto, rivendica a sè la funzione di porre le norme giuridiche e vieta la difesa privata, interponendosi fra i singoli, non più come arbitro o paciere, ma come amministratore della giustizia. Alla realizzazione del diritto per opera del privato si sostituisce la realizzazione del diritto per opera dello Stato; alla difesa privata la difesa giudiziaria del diritto.

Tuttavia è naturale che residui del sistema primitivo permangano anche nelle legislazioni moderne.

Nel diritto italiano la difesa privata è in principio proibita, e nel codice penale (art. 235 e 236) è considerato reato e punito il fatto di chi si fa ragione da sè medesimo.

---

(1) *Letteratura:* Sulla difesa privata in generale, si cons.: FERRINI, *Pandette*, n. 184; FADDA e BENSA, *Note al Windscheid*, vol. I, pag. 1178; DERNBURG, *Pandekten*, vol. I, § 125; FRIEDEMANN, *Die Selbsthülfe in rechtshistorisch dogmatischer Darstellung unter besonderer Berucksichtigung des römischen Rechts*, 1898; KUHLENBECK, *Das Recht der Selbsthülfe*, 1907.

Ma, se il divieto della difesa privata è la regola, non mancano le eccezioni.

La prima e più generale eccezione è costituita dal diritto riconosciuto generalmente al privato di difendersi contro una violenza attuale ed ingiusta. Il diritto di respingere la forza con la forza, in base al principio *vim vi repellere licet*, deve ritenersi generale, ed una delle sue più importanti applicazioni è l'istituto della legittima difesa (cod. penale, art. 49, n. 2 e 3), per cui fatti, che per sè sarebbero reati, cessano di esser tali, quando sono compiuti con lo scopo di allontanare da sè una violenza attuale ed ingiusta.

Una seconda ed importantissima eccezione è rappresentata dalla facoltà, che in taluni casi la legge concede al privato, di realizzare, con la propria forza, il diritto già violato; cioè di soddisfare da sè il proprio diritto, a cui l'obbligato nega soddisfacimento.

Queste due forme di difesa privata differiscono solamente in ciò, che nel primo caso la forza privata è adoperata per *prevenire* la violazione del diritto, mentre nel secondo essa è adoperata per *reintegrare* il diritto; ma ambedue le ipotesi hanno questo di comune, che il soddisfacimento del diritto è in tutte e due ottenuto per opera dello stesso titolare: la differenza sta nei modi del soddisfacimento, dovuta alla diversità delle cause che questo soddisfacimento impediscono. La vera e grande differenza fra le due figure giuridiche sta in ciò, che mentre la difesa contro la violenza è ammessa come principio generale, la realizzazione di un diritto già violato o minacciato da cause diverse dalla violenza, rappresenta un'eccezione, che deve esser volta per volta consentita dalla legge.

Diremo dunque prima della realizzazione privata dei diritti in materia commerciale, ammessa eccezionalmente e in singoli casi; poi della realizzazione giudiziale, ossia della giurisdizione commerciale, e del processo in materia di commercio.

Sezione I.

La difesa privata in materia commerciale e in ispecie il diritto di ritenzione.

§ 26. Varî casi di realizzazione privata del diritto in materia commerciale.

Sommario: 116. I varî casi di realizzazione privata del diritto nel diritto civile e nel diritto commerciale. — 117. *A)* Vendita per autorità del creditore. Casi in cui è ammessa in materia commerciale. La vendita per autorità del creditore e l'esecuzione forzata. — 118. *B)* Ritenzione. Concetto e origine dell'istituto. — 119. Contenuto essenziale dell'istituto della ritenzione: la ritenzione e il diritto di privilegio: la ritenzione e la esecuzione. — 120. La ritenzione e l'*exceptio non adimpleti contractus:* caratteri distintivi, casi dubbî. — 121. La ritenzione e la compensazione: differenze. — 122. Natura reale o personale della ritenzione: esatta posizione della questione. — 123. Oggetto della ritenzione. — 124. Casi in cui la ritenzione è consentita dal diritto commerciale.

116. Nei nostri codici di diritto privato non esistono disposizioni generali sulla difesa privata, come esistono invece nel codice civile germanico (§ 227-231) (1). Tuttavia, in singoli casi è ammesso che il privato possa farsi giustizia da sè e che, specialmente, possa procurarsi da sè la realizzazione di un diritto.

Fra questi casi si citano quello dell'art. 582 codice civile, il quale dà facoltà al proprietario di recidere *egli stesso* le radici degli alberi del vicino, che si addentrano nel suo fondo; il caso dell'art. 713, per cui il proprietario di uno sciame di api può ricuperarlo, quando è fuggito, anche nel fondo altrui; il caso dell'art. 429 codice penale, che dichiara esente da pena chi uccide o danneggia volatili altrui sorpresi nel fondo posseduto e nel momento in cui gli recano danno; il caso della

(1) L'ampia letteratura formatasi su queste disposizioni può vedersi in Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, vol. I. pag. 1179.

compensazione legale (art. 1286 cod. civ.), per cui il creditore può procacciarsi il soddisfacimento del credito mediante la estinzione di un suo debito verso il proprio debitore.

Non tutti gli scrittori sono concordi nel raffigurare in queste ipotesi casi di difesa privata. Ma istituti, in cui, realmente, si può ritrovare l'elemento della realizzazione del diritto per opera dello stesso interessato, si hanno nella vendita per autorità del creditore e nell'istituto della ritenzione.

117. A) *Vendita per autorità del creditore* (1). — In varî casi il codice di comm. autorizza il creditore, che non sia soddisfatto del suo diritto e si trovi in possesso di una cosa di proprietà del debitore, di procedere alla vendita della medesima, per soddisfarsi sul prezzo. Non si tratta, si noti bene, di una vendita giudiziaria, ordinata cioè dal magistrato, come accade nei casi di realizzazione giudiziaria del diritto. Si tratta, invece, proprio di una vendita, che avviene per esclusiva volontà e iniziativa del creditore, il quale in tal modo diventa strumento di realizzazione del proprio diritto.

Così, per l'art. 363 del cod. di comm., il mandatario commerciale, che non sia soddisfatto delle anticipazioni e spese e degli interessi delle somme sborsate, nonchè della sua provvigione, può far vendere le cose di proprietà del mandante, che egli detiene per l'esecuzione del mandato. Egualmente in base all'art. 458 del cod. di comm. può procedere il creditore pignoratizio per le cose sottoposte a pegno commerciale. L'art. 68 del cod. di comm. autorizza il venditore, che sia restato insoddisfatto del prezzo, a far vendere la cosa rimasta presso di lui, per soddisfarsi, sopra il prezzo ricavato, del suo credito. Allo stesso modo in virtù dell'art. 413 del cod. di commercio il vettore, per tutti i crediti dipendenti dal contratto di trasporto, può procedere alla vendita delle cose a

---

(1) *Letteratura:* Bolchini, *La vendita per autorità del creditore nel diritto commerciale italiano*, in *Riv. di dir. comm.*, 1908, I, 429; Vivante, *Trattato*, IV, n. 1704 e seg.; Sohm, *Der Selbsthülfverkauf nach dem bürg. Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch*, in *Zeitsch. für das ges. Handelsrecht*, 1903, 85; Heymann, *Die rechtliche Natur des Selbsthülfverkaufs bei Glaubigerverzugs nach Handelsrechts*, Rostock 1902.

lui affidate per il trasporto, e, se si tratta di trasporto ferroviario, la vendita può essere eseguita senza formalità (art. 48 delle Condizioni ferroviarie approvate con R. decreto 12 novembre 1921, n. 1585).

Inoltre, per l'art. 168 del cod. di comm., le società per azioni possono procedere alla vendita delle azioni non totalmente liberate, in caso di mancato versamento delle quote tuttora dovute dall'azionista.

Salvo il caso dell'art. 48 delle Condizioni ferroviarie, negli altri occorre, a termini dell'art. 68 del cod. di comm., che viene per tutti i casi richiamato, che la vendita sia fatta al pubblico incanto (o anche al prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di borsa o di mercato), col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti. In questo intervento di un pubblico ufficiale nel procedimento della vendita, si è voluto da taluno riscontrare un elemento pubblicistico, tale da tramutare la vendita in una vera e propria vendita giudiziaria. Si è perciò veduto, in questa figura della vendita per autorità del creditore, un caso di esecuzione forzata giudiziaria (1). Io non sono di questo avviso. Perchè vi sia espropriazione per opera di un organo dello Stato, occorre che la vendita sia autorizzata o, per meglio dire, ordinata da questo. Ciò avviene nella espropriazione forzata, in cui non si fa luogo a vendita, se non c'è un ordine del giudice (art. 623 e 666, cod. proc. civ.). Invece, nei casi in esame, la vendita ha luogo per esclusiva volontà del creditore, che non ha bisogno nè di decisione del giudice, nè di autorizzazione; la funzione del pubblico ufficiale, che deve intervenire alla vendita, si limita a garantire le formalità del procedimento. Ma, una volta che la decisione spetta allo stesso creditore, è chiaro che ci troviamo in una ipotesi di difesa privata, per quanto regolata e controllata; l'esistenza di limiti e di controlli non è capace per sè di alterare l'essenza dell'istituto.

118. B) *Ritenzione.* — La ritenzione consiste nella facoltà che in taluni casi è concessa al creditore, di trattenere la cosa

(1) Bolchini, in *Riv. di dir. comm.*, 1908, pag. 429 e seg.; Montessori, *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, nn. 10 e 11.

del debitore, che già si trovi per altro titolo presso di lui, fino a tanto che il debitore non ha pagato (1).

L'istituto della ritenzione ha origini non ben chiare. Una dottrina molto autorevole (2) fa risalire l'origine della ritenzione all'istituto medievale delle rappresaglie, per cui ogni creditore insoddisfatto poteva sequestrare e vendere, col permesso della pubblica autorità, non solo i beni del debitore, che gli riusciva di cogliere, ma quelli altresì dei suoi famigliari e concittadini, riuniti in una solidarietà passiva a tutela del creditore. A noi non sembra che la derivazione sia sufficientemente provata, anzi i due istituti ci appaiono come sostanzialmente diversi. Nelle rappresaglie prevale il carattere politico; il diritto di rappresaglia è rivolto principalmente contro lo straniero, il quale, valendosi di questa sua qualità, si sottrae all'impero della legge dello Stato, a cui appartiene il creditore. Si tratta in sostanza della reazione di una comunità politica contro un'altra comunità politica; e in tal modo se ne comprendono gli effetti, che vanno al di là della persona del debitore e colpiscono anche i suoi famigliari e i suoi concittadini. La responsabilità collettiva di una comunità per i fatti di un singolo membro di essa, è un principio generale che regola i rapporti fra i gruppi politici nei periodi più arretrati della evoluzione giuridica. Come nota giustamente il Montessori (3), di comune, i due istituti,

---

(1) *Letteratura:* Urangia Tazzoli, *Il diritto di ritenzione legale*, Milano 1892; Vivante, *Il diritto di ritenzione*, Appendice al *Codice di commercio commentato*, Unione tip.-editrice torinese, 5ª ediz., vol. VI; Montessori, *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, Milano 1909; Guarracino, *Il diritto di ritenzione nella legislazione italiana*. Napoli 1884; Manaresi, *De iure retentionis*, in *Arch. giur.*, 1884, XXXIII, 172; Ramponi, *Il diritto di ritenzione nelle leggi italiane*. Firenze 1898; De Feo, *Il diritto di ritenzione considerato come pegno legale*, in *Giur. ital.*, 1916, IV, 65 e seg.; Glasson, *Du droit de rétention*, 1862; Guillouard, *Traité du droit de rétention*, 1895; De Decker, *Étude sur le droit de rétention*, 1909.

(2) Vivante, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1892, pag. 89; *Il diritto di ritenzione*, Appendice al vol. VI del *Cod. di comm. commentato*, n. 2; Urangia Tazzoli, *Il diritto di ritenzione legale*, Milano 1892, pag. 126, e seguenti.

(3) Op. cit., pag. 10.

della rappresaglia e della ritenzione, non hanno che questo, di essere ambedue forme di autodifesa. Ma li divide una differenza profondissima perchè l'una, la ritenzione, è forma di autodifesa di un cittadino contro un altro cittadino, mentre l'altra, la rappresaglia, è forma di autodifesa internazionale.

La ritenzione è indubbiamente una forma di difesa privata che, se mai, si ricollega piuttosto al pignoramento per autorità privata, così comune nel medio evo e di cui forse è l'ultimo residuo.

Si nega da scrittori molto autorevoli che la ritenzione sia una specie di difesa privata, per la ragione che essa è ammessa dalla legge e per tanto chi la esercita non protegge il suo diritto col proprio arbitrio, ma con un legittimo rifiuto di dare. Questa obiezione manca di serio valore, perchè l'essenza della difesa privata non sta nell'essere una attività arbitraria. Consiste essa, invece, nel fatto che la realizzazione del diritto, anzichè essere affidata allo Stato, è assunta direttamente dallo stesso titolare del diritto. Il riconoscimento, da parte dell'ordinamento giuridico, di questa potestà dell'avente diritto non toglie ad essa il suo carattere di autodifesa; anzi, nella storia di questo istituto, noi troviamo il riconoscimento dello Stato in forme anche più concrete; e nella evoluzione giuridica, che dal sistema dell'autodifesa conduce a quello della giustizia di Stato, si passa, anzi, appunto per una tappa intermedia, che è quella dell'autodifesa non solo riconosciuta, ma controllata e regolata.

119. L'essenza della ritenzione sta nella facoltà di trattenere la cosa. La ritenzione è, dunque, per sè, una forma di coazione, che si esercita sulla volontà del debitore. Essa mira, non già a realizzare il valore del credito per equivalente pecuniario sul patrimonio, ma a premere sulla volontà del debitore per indurlo a pagare. In sostanza essa è realizzazione del diritto mediante coazione della volontà, e non già mediante soddisfacimento per equivalente sul patrimonio. Appartiene essa, per tanto, a quelle forme di realizzazione del diritto, come il carcere, le multe, il bando, che sono intese a ottenere la realizzazione del diritto per opera dello stesso debitore.

Da questo carattere della ritenzione deriva che essa per sè non è mezzo di garanzia del credito, nè mezzo di soddisfacimento del credito sulla cosa ritenuta, ma semplicemente mezzo di coazione della volontà del debitore. Pertanto la ritenzione va distinta: 1° *dal privilegio*, il quale importa una preferenza, a favore di un determinato creditore, nel concorso, che si determina fra i varî creditori, nel processo di esecuzione forzata; 2° *dal diritto di espropriare* il debitore della cosa e di soddisfarsi sul valore di essa, diritto che spetta in generale a ogni creditore in base agli art. 1948-49 del cod. civile, e in particolare sopra una determinata cosa al creditore fornito di un pegno speciale, a cui è connesso anche il privilegio.

Ma la sola facoltà di trattenere la cosa potrebbe riuscire inefficace, specialmente nel caso, in cui altri creditori agiscano giudizialmente sulla cosa stessa e ne promuovano la vendita forzata: poichè al creditore, che ritiene la cosa, non spetterebbe altro diritto che di partecipare alla divisione del prezzo. Si è perciò presto manifestata la necessità, per rendere efficace la ritenzione, di riconnettervi un privilegio. E appunto in questa connessione tra ritenzione e privilegio sta la particolarità più importante della disciplina di questo istituto in materia commerciale. Mentre nei casi in cui il codice civile concede la ritenzione, a questa non è connesso di regola un privilegio, in materia commerciale al diritto di ritenere la cosa è invece unito il diritto di soddisfarsi su di essa con privilegio.

Una seconda particolarità importante della ritenzione commerciale concerne il rapporto fra ritenzione ed esecuzione. In materia civile il creditore, che ritiene la cosa, non ha altra via, per soddisfarsi su di essa, che la ordinaria procedura di espropriazione; invece in materia commerciale il creditore, che esercita il diritto di ritenzione e vuol soddisfarsi sulla cosa, può adoperare un procedimento più semplice e rapido, cioè la esecuzione per autorità dello stesso creditore, che rappresenta l'altro caso già da noi esaminato di difesa privata.

Le due forme si innestano l'una all'altra e si completano a vicenda.

Ma il rapporto di connessione, che in materia di commercio si trova fra ritenzione e privilegio, fra ritenzione e autodifesa esecutiva, non toglie che si tratti di istituti distinti, i quali possono cumularsi, coll'effetto di sommare i risultati utili per il creditore, ma che non debbono concettualmente confondersi.

120. Per delineare completamente la figura giuridica della ritenzione, bisogna ancora distinguerla da due altri istituti, che hanno con essa qualche punto di contatto; vogliamo dire l'*exceptio non adimpleti contractus* e la *compensazione*.

a) È noto che nei contratti bilaterali ciascun contraente ha diritto di rifiutare l'adempimento delle sue obbligazioni, quando l'altra parte ricusi di adempiere le sue. Questo diritto in taluni casi, e, precisamente, quando il rifiuto del contraente, leso dall'inadempimento, concerne l'obbligo suo di consegnare una cosa, offre molti punti di analogia colla ritenzione. Pongasi, ad es., il caso del venditore, il quale non sia soddisfatto del prezzo. Egli può certamente, in virtù dell'*exceptio inadimpleti contractus* (1), rifiutare la consegna della cosa e quindi trattenerla presso di sè. Abbiamo così, almeno apparentemente, lo stesso fenomeno della ritenzione. Tuttavia si tratta di due istituti distinti. Nell'*exceptio inadimpleti contractus* taluni vedono un caso di difesa privata; il contraente, leso dall'inadempimento, si fa giustizia da sè rifiutando di adempiere. Anche a noi ciò sembra vero, ma questa connessione tra difesa privata ed *exceptio non adimpleti contractus* non toglie le differenze che sussistono fra questo istituto e la ritenzione. L'*exceptio non adimpleti contractus* trova il suo fondamento nella connessione, che esiste fra le obbligazioni dei contraenti nei contratti bilaterali. Ogni contratto, già vedemmo a suo tempo, rappresenta la conciliazione di interessi opposti; e la volontà di ciascuno dei contraenti è rivolta appunto a realizzare questa concilia-

---

(1) *Letteratura:* Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus*, Palermo 1921; Cassin, *De l'exception tirée de l'inexecution dans les rapports synallagmatiques et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris 1914.

zione. Nei contratti bilaterali la conciliazione avviene sulla base di uno scambio di prestazioni, e la realizzazione di questo scambio determina la volontà dei contraenti. Se, pertanto, lo scambio non si verifica, perchè una delle prestazioni vien meno, la base stessa, su cui il contratto è poggiato, e il motivo, che ha determinato la volontà dei contraenti, vengono meno anch'essi; di tal che il contratto intero deve essere risoluto. Quando una delle parti rifiuta la prestazione, si crea una situazione di incertezza intorno al finale adempimento da parte sua, quindi intorno al mantenimento del contratto. In tale stato di incertezza, che può terminare anche con la risoluzione, l'ordinamento giuridico consente al contraente leso, di rifiutare l'adempimento, in attesa che la situazione si risolva o coll'adempimento forzato o colla rescissione del contratto (art. 1165 cod. civ.). Ora par ragionevole il ritenere questo diritto del contraente leso, di rifiutare la sua prestazione, come una forma di autodifesa, in quanto, senza attendere il giudizio del magistrato, circa l'esistenza o meno dell'inadempimento, gli è concesso di provvedere da sè alla tutela dei suoi diritti (1).

Ma la stessa giustificazione dell'istituto ne dimostra la sostanziale differenza da quello della ritenzione. Nell'*exceptio inadimpleti contractus* il privato tutela da sè i suoi interessi, mediante un provvedimento di natura provvisoria, giacchè la situazione creata dall'inadempimento deve necessariamente risolversi o nell'adempimento forzato o nella rescissione del contratto. Invece, nella ritenzione, l'autodifesa del privato pone in essere, non già un provvedimento provvisorio, ma definitivo, in quanto, trattenendo la cosa presso di sè, il creditore non mira a salvaguardare il suo diritto, in attesa di una futura soluzione definitiva, ma addirittura a realizzarlo mediante costringimento della volontà del debitore. Se un paragone è lecito colle corrispondenti forme di realiz-

(1) Alcuni scrittori negano addirittura che l'*ex. non adimpleti contractus* costituisca difesa privata ed in ciò vedono una delle caratteristiche differenziali tra questo istituto e il diritto di ritenzione: SCADUTO, L'*ex. non adimpleti contractus*, pag. 41. Ma la maggioranza della dottrina riconosce trattarsi di una forma di autodifesa: vedi CASSIN, op. cit., pag. 330-360.

zazione giudiziale, noi potremmo raffrontare l'*exceptio non adimpleti contractus* col sequestro, mentre la ritenzione è paragonabile piuttosto alla esecuzione forzata.

Questa differenziazione fra i due istituti ci permette di risolvere alcuni casi dubbî. Così, ad es., si è dubitato se il diritto del vettore di rifiutare la consegna delle cose trasportate, qualora il destinatario non paghi il prezzo del trasporto (art. 408 cod. comm.), costituisca un caso di ritenzione o un caso di *exceptio non adimpleti contractus*. A noi sembra che si tratti piuttosto di ritenzione, sia perchè il rifiuto di consegnare le cose non è, a propriamente dire, un rifiuto di eseguire la prestazione del vettore (prestazione del vettore, nel contratto di trasporto, è il trasporto delle cose e non soltanto la consegna dopo trasportate), sia ancora, e sopra tutto, perchè il rifiuto della consegna ha per iscopo precisamente di costringere il destinatario a pagare il prezzo di trasporto, tanto è vero che l'art. 413 consente al vettore di ottenere la vendita delle cose per soddisfarsi sul prezzo (1).

Egualmente si è dubitato, se nel diritto del venditore di rifiutare la consegna della cosa, quando il compratore non paghi il prezzo, di cui parla l'art. 1469 del cod. civ., debba riconoscersi un caso di ritenzione o un caso di *exceptio non adimpleti contractus*. A noi sembra, che la disposizione di questo articolo, più che riconsacrazione del generale principio, per cui il contraente leso non ha obbligo di adempire, sia riconoscimento di un diritto di ritenzione, poichè il capoverso dell'articolo riconosce al compratore il diritto di ottenere la consegna della cosa, anche quando egli sia in stato di falli-

---

(1) Alcuni scrittori, invece, considerano il diritto di ritenzione accordato al vettore come una manifestazione della *exceptio non adimpleti contractus*. La dottrina francese è in questo senso. Anche tra i nostri scrittori questo concetto è talvolta affermato. Si consulti ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, in *Cod. di comm. commentato*, Unione tip.-ed., 5ª ediz., vol. VI, 1925, n. 233, il quale giustamente nota che il diritto spettante al vettore assume la qualità di un diritto di ritenzione in senso tecnico, in quanto non limita i suoi effetti di fronte al destinatario e al mittente, ma si manifesta anche di fronte ai terzi ed in quanto è preordinato alla realizzazione del credito mediante la vendita delle cose trasportate.

mento, dando cauzione per il pagamento del prezzo. Se, dunque, il rifiuto di consegnare può portare alla cauzione, è segno che esso ha di mira l'adempimento da parte del compratore e non la risoluzione o l'adempimento forzato per opera del giudice: mira cioè a realizzare il diritto e non a salvarlo con una misura provvisoria.

121. *b*) Più vicino, forse, all'istituto della ritenzione è quello della *compensazione* in quei sistemi legislativi, come il germanico e lo svizzero, i quali fanno dipendere la compensazione dalla volontà del creditore. In questi sistemi si dà diritto a ciascun creditore di ottenere la estinzione del proprio debito, compensandolo con un credito corrispondente; di modo che, in sostanza, il creditore viene a realizzare da sè il suo diritto con un atto della propria volontà. Siamo, dunque, in presenza di un caso di difesa privata diretta dall'auto-soddisfacimento del creditore, proprio come nel caso della ritenzione.

Ma le differenze fra i due istituti permangono e non lievi. Nella compensazione, il creditore si soddisfa, non già ricevendo dal debitore la prestazione, ma procurandosi un valore equivalente, mediante l'estinzione del proprio debito; si ha, quindi, una forma di soddisfacimento per equivalente. Invece, nella ritenzione, il creditore, trattenendo la cosa, mira a ottenere il soddisfacimento del suo diritto per opera del debitore, giacchè egli esercita una coazione sulla volontà di lui.

Più strette invece sono, a nostro avviso, le analogie fra la compensazione e la vendita coattiva per autorità del creditore, perchè ambedue sono forme di autodifesa, diretta al soddisfacimento per equivalente. Solo, nella vendita coattiva, il soddisfacimento si ottiene mediante alienazione di un bene del debitore; nella compensazione, mediante attribuzione al creditore di un credito, che, concentrandosi nella stessa persona del debitore, produce confusione ed estinzione.

Ma, dobbiamo avvertire che questa concezione della compensazione, come una facoltà del creditore, non è accettata dal nostro diritto, per cui la compensazione opera in virtù di legge (art. 1286 cod. civ.), indipendentemente da ogni dichiarazione di volontà del creditore. Si può perciò

con molta ragione dubitare, se nel nostro diritto la compensazione rappresenti un caso di difesa privata, giacchè presso di noi non è il creditore che si soddisfa, ma è la legge che lo soddisfa. Verrebbe così meno, senz'altro, la principale ragione di analogia esistente fra compensazione e ritenzione.

Ma, in realtà, la differenza fra i due sistemi non è poi così grande, come può sembrare a prima vista: anche nel sistema della compensazione legale occorre pur sempre che la compensazione sia invocata, che il diritto sia fatto valere. E allora la situazione non appare gran fatto diversa, giacchè abbiamo sempre un creditore, che si soddisfa di un suo credito, attribuendosi un credito del debitore ed estinguendolo per confusione.

La differenza sta solo in questo: che, nel sistema della compensazione legale, il soddisfacimento ha effetto retroattivo; ma è sempre necessario anche in essa un atto di volontà del creditore per ottenerla.

122. Dobbiamo ora vedere quale sia la *natura* della ritenzione; se, cioè, essa dia luogo a un diritto reale oppure a un diritto personale da parte del creditore (1), vale a dire a un diritto che si può opporre a tutti, ovvero a un diritto che può farsi valere soltanto verso il debitore. A noi la questione sembra mal posta. Chi discute sulla natura personale o reale della ritenzione, parte dal supposto che la ritenzione sia un diritto per sè stante. Ora è questo proprio il punto che a noi sembra contestabile. La ritenzione non è un diritto autonomo; è un mezzo di realizzazione di un diritto; e siccome è quel mezzo specifico che consiste nella difesa privata, così esso non è che lo stesso diritto, alla cui realizzazione mira, in quanto viene fatto valere con la forza privata.

È noto che la coazione è un elemento essenziale del diritto, giacchè il diritto tende per sua natura ad essere, ad ogni costo, realizzato, ed anche coll'uso della forza fisica. Questo

(1) Vedi principalmente: Ramponi, *Il diritto di ritenzione*, pag. 23; Montessori, *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, n. 19; De Feo, *Il diritto di ritenzione come pegno legale*, in *Giur. ital.*, 1916, IV, 65.

uso della forza fisica dà luogo nell'azione giudiziaria a un diritto autonomo, in quanto la funzione di realizzazione dei rapporti giuridici è stata assunta dallo Stato; in questa ipotesi la facoltà, che al titolare del diritto spetta, di rivolgersi, cioè, allo Stato, per ottenere il suo intervento, costituisce un diritto speciale, il diritto di azione. Ma diritto speciale vi è solo in quanto la realizzazione del diritto dà luogo a un nuovo rapporto giuridico fra due soggetti diversi: il titolare e lo Stato. Ma quando si rimane nel campo della difesa privata, quando, cioè, il titolare del diritto si fa giustizia da sè, non vi è creazione di un nuovo rapporto, ma è lo stesso diritto che reagisce alla violazione e si realizza con la forza. Tanto è ciò vero che, per lunghissimo tempo, lo stesso diritto di azione fu considerato non già come un diritto di per sè stante, ma come un aspetto, un momento del diritto soggettivo; è la concezione famosa del SAVIGNY, ancor oggi da molti accettata, per cui l'azione non sarebbe che il diritto vestito di saio, il diritto in armi. Ora, se questo, sia pure a torto, si afferma dell'azione giudiziaria, a più forte ragione dovrà dirsi della difesa privata; anzi, è vero solo della difesa privata. La ritenzione, quindi, non è che lo stesso diritto di credito, in quanto si fa valere dal titolare, sopra una cosa di pertinenza del debitore.

Il diritto di credito è indubbiamente un diritto personale relativo, in quanto esso conferisce la facoltà di esigere una determinata prestazione da un soggetto determinato. Sotto questo punto di vista anche la ritenzione, che mira a realizzare il diritto di credito, ha una portata personale, perchè essa tende ad ottenere dal debitore, e non da altri, l'adempimento della prestazione.

Poichè colla ritenzione si mira ad agire sulla volontà del debitore, essa in tanto ha efficacia in quanto la cosa appartenga al debitore; ma se altri ha diritto su di essa la ritenzione perde necessariamente la sua efficacia.

123. Tutto quello che abbiamo detto finora ci permette di risolvere la grave questione dell'*oggetto* della ritenzione. Si domanda, cioè, se fra la cosa di spettanza del debitore, di cui il creditore rifiuta la consegna, e il credito, per cui la

ritenzione è fatta valere, debba esservi un rapporto di connessione speciale.

Bisogna confessare che una ragione perentoria, per richiedere una connessione tra il credito, che si vuol realizzare mediante la ritenzione, e la cosa, oggetto della ritenzione, non esiste. A meno che non si voglia rintracciarla in ciò, che, essendo la ritenzione un modo eccezionale di soddisfacimento del creditore, essa debba giustificarsi con una speciale posizione della cosa su cui si esercita, con uno speciale rapporto della cosa col credito.

Comunque sia, la dottrina unanime richiede questa connessione, ma non è affatto concorde nel determinare in che cosa debba la connessione consistere.

A noi sembra che, in materia commerciale, il problema possa risolversi nel senso che occorra per l'esercizio della ritenzione l'esistenza, tra il fatto giuridico, in virtù del quale il credito è sorto, e quello, per cui la cosa trovasi presso il creditore, di una relazione economica in modo che i due fatti appaiano fra loro economicamente connessi. La connessione, in altri termini, deve riferirsi ai fatti, che hanno dato luogo al credito e alla detenzione della cosa.

124. Ci resta, in ultimo, da stabilire in quali casi debba riconoscersi la facoltà del creditore di esercitare la ritenzione.

Noi non dubitiamo di affermare che la ritenzione non può esercitarsi se non nei casi in cui la legge lo consente. La realizzazione dei crediti per via di ritenzione, è una forma di difesa privata, e, nell'ordinamento giuridico moderno, la difesa privata non può essere che l'eccezione, mentre la regola è la realizzazione dei diritti per opera dello Stato. Occorre, dunque, un testo positivo di legge perchè possa il creditore esercitare la ritenzione, e non è ammessa, in questa materia, interpretazione analogica.

Nel diritto commerciale la ritenzione è concessa:

dall'art. 362 a favore del mandatario commerciale per le sue anticipazioni e spese, per gli interessi delle somme sborsate e per la sua provvigione;

dall'art. 380 a favore del commissionario per le stesse ragioni di credito;

dall'art. 408 a favore del vettore nel contratto di trasporto, per i crediti che ne dipendono;

dall'art. 805 a favore del venditore pel credito del prezzo verso il compratore fallito (1).

SEZIONE II.

Realizzazione giudiziaria dei diritti in materia commerciale - Procedura commerciale.

§ 27. Considerazioni generali. La giurisdizione in materia commerciale (2).

SOMMARIO: 125. Il diritto processuale civile è il diritto comune per la realizzazione giudiziaria dei rapporti giuridici in materia di diritto privato. Norme speciali per le materie commerciali. — 126 Origine della giurisdizione commerciale. I tribunali di commercio: loro soppressione. Abolizione della giurisdizione commerciale. — 127. Carattere commerciale della controversia. Richiamo alle norme che determinano la materia commerciale: art. 869-870 del codice di commercio. — 128. Valore della intitolazione della sentenza ai fini della qualificazione della causa. — 129. Organi speciali di giurisdizione in materia commerciale: i probiviri; i capitani e gli ufficiali di porto; le commissioni arbitrali per l'impiego privato: la magistratura del lavoro.

125. La realizzazione del diritto per opera dello stesso titolare è oggi, come abbiamo visto, l'eccezione, così in materia commerciale come in materia civile. Di regola il còmpito di

---

(1) L'esame particolareggiato di questi singoli casi di ritenzione va fatto nella parte speciale a proposito dei singoli istituti.

(2) *Letteratura:* MORTARA e AZZARITI, *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, in *Cod. di comm. commentato*, vol. X, 5ª ediz., BRUSA, *Delle azioni commerciali*, in *Commento al codice di commercio*, vol. IX; LA LUMIA, *Esercizio delle azioni commerciali*, in *Cod. di commercio annotato* del Vallardi, vol. VI.

realizzare il diritto appartiene allo Stato, che lo esercita mediante un'attività specifica, che si chiama funzione giudiziaria, o giurisdizionale.

Le norme giuridiche, che regolano questa attività, costituiscono il così detto diritto giudiziario o processuale.

Le norme che regolano la funzione giudiziaria in materia civile, vale a dire la realizzazione per opera dello Stato dei rapporti civili, valgono, di regola, anche per la realizzazione dei rapporti commerciali.

Come, dunque, il diritto civile è il diritto comune dei rapporti privati tanto civili quanto commerciali, così il diritto processuale civile è il diritto comune, che regola la realizzazione giudiziaria dei rapporti così civili come commerciali.

E come le norme, che regolano in modo particolare i rapporti commerciali, costituiscono un diritto speciale od eccezionale, così le norme, che regolano in modo speciale la realizzazione dei rapporti commerciali, costituiscono altrettante deroghe al diritto processuale civile.

Anzi queste norme speciali del processo, in materia commerciale, sono di un'importanza molto minore delle norme speciali di diritto materiale commerciale. E perciò, mentre esiste un diritto materiale commerciale, come un complesso vasto e importante di norme particolari della materia di commercio, non può dirsi che esista un diritto processuale commerciale, perchè relativamente scarse sono le norme speciali che regolano il processo in materia di commercio. Dove tuttavia tali disposizioni esistano, esse hanno evidentemente il carattere di diritto speciale o singolare. Ciò che è riconosciuto del resto esplicitamente dall'art. 868 del codice di commercio, per cui « l'esercizio delle azioni commerciali è regolato dal codice di procedura civile, salvo le disposizioni contenute nel presente codice ».

Questa norma ribadisce, adunque, il principio che il diritto processuale civile è il diritto comune dei rapporti processuali in materia di diritto privato, e che pertanto, ove manchi una norma particolare, per il processo in materia commerciale deve senz'altro applicarsi la norma generale del diritto processuale civile.

126. Abbiamo detto che relativamente scarse sono le norme speciali per la realizzazione dei diritti in materia di commercio.

La tendenza del diritto moderno è in questo campo piuttosto rivolta a diminuire le particolarità che non ad aumentarle. Quelle esigenze di semplicità e rapidità che una volta si manifestavano particolarmente rispetto alle cause commerciali, oggi sono sentite anche per le cause civili. E per effetto di questa evoluzione, con una legge, di poco posteriore al codice vigente, in data 25 gennaio 1888, n. 5174, furono abrogate le disposizioni che consacravano un'istituzione giudiziaria particolare al commercio, la quale aveva pure per sè una tradizione antichissima: intendiamo i tribunali di commercio.

I tribunali di commercio sorsero insieme al diritto commerciale; anzi il diritto del commercio, come si è visto, ebbe origine appunto giudiziaria e si formò nella giurisdizione dei consoli nelle corporazioni di arti e mestieri. Ridotta nelle mani dello Stato la facoltà di emanare leggi in materia di commercio e di istituire giudici per le relative controversie, la giurisdizione commerciale rimase; si ritenne cioè necessario di affidare a giudici speciali, scelti fra gli stessi commercianti, la risoluzione delle controversie che potessero sorgere nell'esercizio del commercio, e questi organi giudiziari speciali rimasero presso di noi, pur ridotti di numero fino al 1888. La legge sull'ordinamento giudiziario del 20 marzo 1865, n. 2626, affidava ai tribunali di commercio formati da commercianti, ma presieduti da un magistrato, la conoscenza in primo grado delle cause commerciali il cui valore superasse le 1500 lire e, in grado di appello, delle cause commerciali, decise in prima istanza dai pretori.

Ma si trattava di un'istituzione rachitica, perchè i tribunali di commercio non esistevano dovunque e dove mancavano, cioè nella maggior parte del territorio del regno, ne facevano le veci i tribunali ordinari. Si ritenne, perciò, opportuno di abolirli, deferendo ai giudici ordinari completamente la potestà di giudicare in materia commerciale.

Colla legge del 1888, pertanto, sparì una delle particolarità più importanti del diritto processuale in materia di commercio: l'esistenza cioè di speciali organi giudiziari.

Evidentemente questa riforma implicò l'*abolizione della giurisdizione commerciale*, poichè non può esservi una giurisdizione speciale senza un organo giudiziario speciale (1). Tutte le controversie, che sono sorte nella dottrina intorno al valore della riforma del 1888 e al persistere o meno di una giurisdizione commerciale, dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, si risolvono molto facilmente con questa considerazione, che una giurisdizione speciale non vi è, se non vi sono organi speciali. I dubbî emessi in contrario dipendono da un equivoco circa la parola *giurisdizione*. Questa può essere intesa in due sensi: o come potestà di una particolare categoria di organi dello Stato, o come la generale funzione dello Stato di realizzare il diritto. Solo nel primo senso si può distinguere fra giurisdizione e giurisdizione e può parlarsi di una giurisdizione commerciale; nel secondo senso la giurisdizione è necessariamente unica, perchè la funzione che lo Stato esercita nel realizzare il diritto è sempre la stessa.

127. Sparita la differenza fra giurisdizione civile e commerciale, le particolarità del processo in materia di commercio si sono ridotte a non molte, e di esse le più importanti sono certamente quelle che concernono la prova.

Ma, prima di esporre le norme particolari che regolano il processo in materia di commercio, bisogna stabilire in quali casi deve ritenersi che si tratti di processo in materia commerciale, o, come si dice comunemente, quando la causa si deve ritenere commerciale.

Il codice si occupa della questione negli art. 869 e 870, e se ne occupa a proposito della giurisdizione commerciale, che era il punto praticamente più importante per la determinazione della commercialità della causa.

---

(1) Il contrario fu sostenuto principalmente da Mattirolo, *Diritto giudiziario civile*, vol. I, 5ª ediz., pag. 151, e da Vidari, *Corso di diritto commerciale*, vol. IX, nn. 8834 e 8898. La tesi svolta nel testo fu difesa precipuamente da Mortara, in *Monitore dei trib.*, 1888, 345, ed è accolta generalmente nella dottrina. Anche la giurisprudenza, specialmente quella meno antica, è nello stesso senso, sebbene non sempre correttissime siano le motivazioni.

A dire il vero non sarebbero necessarie disposizioni apposite per determinare la natura commerciale di una causa, perchè è evidentemente commerciale ogni processo, nel quale si miri a realizzare un rapporto di indole commerciale. Ora il problema della commercialità di un rapporto giuridico è risoluto già dalle disposizioni che determinano la materia di commercio. È commerciale quel rapporto giuridico che deriva da un fatto o da uno stato di fatto commerciale per sua natura o per ragione di connessione.

Infatti i due art. 869 e 870 nulla aggiungono a ciò che risulta dagli art. 3, 6, 8 del cod. di commercio, che regolano appunto la materia di commercio.

L'art. 869, dopo avere contemplate generalmente tutte le controversie tra ogni sorta di persone, riguardanti atti di commercio (n. 1), ribadendo così il carattere *obiettivo* del nostro diritto commerciale, passa all'indicazione di alcuni gruppi di particolari controversie: dichiara così commerciali le controversie riguardanti la qualità di commerciante o l'esistenza di una società commerciale (n. 8), e ciò è evidente, perchè si tratta di determinare l'esistenza di uno stato di fatto di natura commerciale.

Lo stesso articolo dichiara commerciali le azioni contro i capitani di navi, gli institori e i rappresentanti, le quali derivino dai fatti del commercio a cui sono preposti (n. 3); e anche questa disposizione è superflua; le azioni del passeggiero contro il capitano, l'armatore, e viceversa, sono evidentemente commerciali in base all'art. 3, n. 18; le azioni dell'impresario di spettacoli pubblici contro gli artisti e viceversa, commerciali in base all'art. 3, n. 13, e all'art. 4; le azioni riguardanti gli incanti delle merci o delle derrate depositate nei magazzini generali, commerciali in base all'art. 3, n. 24.

L'art. 869 dichiara, infine, commerciale tutta la procedura di fallimento, il che si comprende, perchè il fallimento è quella particolare procedura di espropriazione che si esercita contro i commercianti.

L'unica norma dell'art. 869, che può avere una ragione di essere, è quella del n. 2, che dichiara commerciali tutte le questioni concernenti il sequestro di una nave, benchè ottenuto per crediti civili. Ma anche qui opera un criterio già

stabilito a proposito della materia di commercio, il criterio dell'accessorietà o connessione, per cui sono da ritenere commerciali tutte le cose destinate al commercio, e quindi tutti i rapporti concernenti la proprietà e il possesso di esse.

In conclusione, si può dire che è commerciale il processo, o, come si dice comunemente, la causa, in cui si tratta di realizzare un rapporto commerciale. E la natura commerciale del rapporto giuridico dipende alla sua volta dalla natura commerciale del rapporto economico o sociale, che, mediante il rapporto giuridico, viene tutelato. Alla sua volta, poi, la natura commerciale del rapporto sociale si determina secondo i principî generali regolanti la materia commerciale.

Il determinare la natura della causa, agli effetti di applicare ad essa le norme speciali della procedura commerciale, è còmpito dello stesso magistrato, che giudica della controversia.

A questo proposito possono sorgere alcuni dubbî, che occorre dissipare.

128. Anzitutto per gli art. 157 e 436 del codice di procedura civile, i tribunali civili e i pretori, quando pronunciano come giudici di commercio, debbono farne menzione nella intitolazione della sentenza. Dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, non esistendo più una giurisdizione commerciale, questa menzione della qualità di giudice speciale, che assumono i giudici ordinari, in materia di commercio, non ha più ragione di essere. Spariti completamente i tribunali di commercio, le cause commerciali rientrano nella sfera normale delle attribuzioni dei giudici civili, e non si distinguono da quelle civili, più che nel campo stesso della materia civile non si distinguano le cause successorie da quelle di proprietà e le cause contrattuali da quelle di stato o matrimoniali. Tuttavia è invalso l'uso di continuare a distinguere, nelle intitolazioni, le cause civili dalle commerciali. Questa distinzione può aver valore solo in quanto la procedura nelle cause commerciali è in certi punti diversa da quella delle cause civili. Ma, a questi effetti, non pare che all'intitolazione della causa debba attribuirsi importanza decisiva. In altri termini, per stabilire se la causa è civile o commerciale, bisogna

aver riguardo al contenuto della sentenza, in cui si esplica realmente la potestà giurisdizionale del magistrato, e non alla intitolazione, che, invece, è opera del cancelliere, a cui spetta di compilare le parti della sentenza, che non sono opera personale del giudice: fra queste vi è appunto l'intitolazione. È dunque, il giudice, implicitamente o esplicitamente, che nel corpo della sentenza decide se la causa, di cui si tratta, è civile o commerciale (1).

Un'altra questione, che a lungo si è dibattuta a proposito della qualificazione delle cause, è quella sul computo del tempo per appellare a norma dell'art. 485 del codice di procedura civile. È noto che, per questo articolo, il termine per proporre appello è di trenta giorni per le sentenze dei pretori e per le sentenze dei tribunali in materia commerciale, mentre è di sessanta giorni per le sentenze del tribunale civile in materia civile. Si è domandato, perciò, in qual modo si debba decidere se la sentenza di un tribunale sia stata emanata in materia civile o in materia commerciale, e se quindi il termine per appellare da essa sia di sessanta giorni oppure di trenta solamente. La questione non ha oggi più importanza pratica perchè la diversità del termine per appellare dalle sentenze dei tribunali in materia civile e in materia commerciale è stata soppressa con l'art. 4 della legge 15 settembre 1922, n. 1287.

Tuttavia, la questione di principio rimane, e va decisa, come si è detto più sopra, rimettendosi al giudizio, che il giudice ha dato nella sentenza (2).

---

(1) Cass. Torino, 24 gennaio 1895 (*Giur. ital.*, 1895, I, 1, 167).

(2) Le incertezze che per molto tempo furono nella nostra giurisprudenza per la risoluzione di questa questione scomparvero poi definitivamente e le decisioni delle corti regolatrici divennero fermissime nel senso indicato nel testo, specialmente dopo una decisione della Corte di cass. di Roma, sez. unite, 5 giugno 1909 (*Giur. ital.*, 1909, I, 1, 1249). Tra le sentenze più recenti menzioneremo: Cass. Torino, 16 marzo 1918 (*Ivi*, 1918, I, 1, 1174); Cass. Roma, 20 giugno 1918 (*Ivi*, I, 1, 126); Cass. Palermo, 1° maggio 1920 (*Mon. trib.*, 1920, 495); Cass. Torino, 9 dicembre 1922 (*Ivi*, 1923, 70) e, da ultimo, Cass. del regno, 13 ottobre 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 1029), oltre le sentenze menzionate nelle due note che seguono. Vedi anche la nota di V. Scialoja nella *Riv. di dir. comm.*, 1903, II, 287.

Rimane solo da stabilire come deve farsi l'indagine circa la qualificazione della causa fatta nella sentenza. Come si farà a decidere se la sentenza ha ritenuto civile o commerciale la causa?

Abbiamo già veduto che non ha valore la intitolazione della sentenza e quindi la designazione di causa civile o di causa commerciale fatta nella medesima, giacchè si tratta di una enunciazione che è opera del cancelliere piuttosto che del magistrato (1). Si deve, invece, aver riguardo al contenuto della sentenza, cioè alla motivazione e alla decisione. Se la materia controversa è stata definita esplicitamente dal magistrato, non vi è questione, altrimenti bisogna procedere per via d'interpretazione e vedere se il giudice ha trattato la causa come civile o come commerciale. Molti elementi possono servire a questo proposito, ma sopratutto quello decisivo è la legge applicata dal magistrato, perchè se il giudice ha applicato o una norma di diritto materiale o una norma di diritto processuale commerciale, è evidente che ha inteso giudicare in materia commerciale (2). Si tratta, ad ogni modo, di una questione d'interpretazione della sentenza, interpretazione che va fatta sotto le norme consuete (3).

129. Sebbene siano aboliti i tribunali di commercio e sia, quindi, scomparsa una generale giurisdizione commerciale, per alcune speciali materie commerciali sussistono talune speciali magistrature. Non vi è perciò una giurisdizione commerciale, ma vi sono giurisdizioni speciali per speciali materie commerciali.

a) La più importante è la *giurisdizione dei probiviri*. L'istituto dei probiviri è regolato fondamentalmente dalla legge 15 giugno 1893, n. 295, e dal relativo regolamento

---

(1) Confr., da ultimo, Cass. Torino, 20 maggio 1921 (*Giur. tor.*, 1921, 1221), e Cass. del regno, 12 settembre 1925 (sentenza n. 1769, inedita) (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Appello civile*, n. 67).

(2) Cfr., da ultimo, Cass. del regno, 6 giugno 1925 (sentenza n. 1795, inedita) (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Appello civile*, n. 66).

(3) Di qui la conseguenza che non è censurabile in sede di cassazione l'interpretazione della sentenza fatta dal giudice di appello: Cass. Torino, 6 dicembre 1920 (*Riv. di dir. comm.*, 1921, II, 271).

26 giugno 1894, n. 179. I probiviri sono tribunali destinati a risolvere le controversie fra padroni e operai, dipendenti dal contratto di lavoro. L'istituzione del collegio dei probiviri non è obbligatoria, ma facoltativa, nei luoghi in cui esistono fabbriche o imprese industriali, per ogni industria od ogni gruppo d'industrie affini. Il collegio si compone, secondo la menzionata legge, di un presidente e di un numero di membri vario da dieci a venti, eletti in numero eguale da due corpi di elettori, iscritti in due liste diverse, che comprendono rispettivamente gli industriali e gli operai. Il presidente è nominato per decreto reale tra i funzionari dell'ordine giudiziario ovvero tra i cittadini che possono essere nominati conciliatori. Fra i probiviri viene scelto, secondo la legge medesima, il collegio giudicante, che si compone di cinque membri, e l'ufficio di conciliazione composto di tre membri soltanto. I probiviri, infatti, hanno una doppia funzione: conciliativa e giurisdizionale.

Le norme fondamentali della legge 15 giugno 1893 e del relativo regolamento furono notevolmente modificate, con carattere transitorio, dal decreto luogotenenziale 13 ottobre 1918, n. 1672. Questo decreto sospese le elezioni dei probiviri e diede norme più semplici per la costituzione e per il funzionamento dei collegi dei probiviri, estendendone inoltre la competenza, specialmente in materia di conflitti collettivi, dei quali non dobbiamo ora occuparci.

Secondo le nuove disposizioni, il collegio di probiviri si compone di un presidente effettivo e di un presidente supplente, nominati per decreto reale, e di otto membri, di cui quattro effettivi e quattro supplenti, nominati dal presidente del tribunale dietro rispettiva designazione delle associazioni industriali e operaie (art. 5). Nelle controversie di natura individuale il collegio giudicante è costituito validamente con la presenza del presidente, effettivo o supplente, e di due soli membri, dei quali uno rappresentante degli industriali ed uno rappresentante degli operai.

Le norme del decreto luogotenenziale 13 ottobre 1918 dovevano avere applicazione fino a sei mesi dopo la conclusione della pace, ma furono prorogate prima per brevi periodi e poi a tempo indeterminato («sino a che non sia altrimenti

provveduto ») col Regio decreto-legge 31 luglio 1921, n. 1098. Successivamente il Regio decreto-legge 15 novembre 1925, n. 2069, dispose l'abrogazione del decreto luogotenenziale 13 ottobre 1918, n. 1672, e del Regio decreto-legge 31 luglio 1921, n. 1098. La formula generale di abrogazione, usata nel decreto, avrebbe dovuto avere per effetto il richiamo in vigore della legge 15 giugno 1893 e del relativo regolamento 26 aprile 1894 nella loro originaria integrità, con la conseguenza della decadenza dei collegi probivirali costituiti secondo il decreto luogotenenziale 13 ottobre 1918 e della necessità che il collegio giudicante fosse composto come prescriveva la legge 1893, cioè di cinque membri. Ma, in realtà, non fu questo il pensiero, che si volle esprimere nel decreto-legge 15 novembre 1925, che intese soltanto sopprimere la competenza dei probiviri per le controversie relative ai conflitti collettivi del lavoro, che erano specialmente regolate nel decreto luogotenenziale del 1918. Questo pensiero venne chiarito e precisato con un successivo decreto-legge 7 gennaio 1926, n. 9, col quale fu dichiarato che, in attesa di nuove disposizioni, continuano ad applicarsi tutte le norme anteriori relative al funzionamento dei probiviri, per quanto concerne le controversie di carattere individuale.

Sicchè attualmente, e salva la revisione a cui le disposizioni legislative in questa materia dovranno essere sottoposte (art. 23 della legge 3 aprile 1926, n. 563), i collegi di probiviri sono regolati dalla legge fondamentale 15 giugno 1893, dal relativo regolamento 26 giugno 1924 e dalle norme del decreto luogotenenziale 13 ottobre 1918; e la loro funzione giurisdizionale è limitata alla risoluzione delle controversie individuali, nei limiti del valore di lire mille (legge 20 marzo 1921, n. 293), indicate nell'art. 9 della legge 15 giugno 1893.

Si avverta inoltre che le sentenze dei probiviri, giusta l'art. 11 di questa legge, erano appellabili al pretore o al tribunale, secondo il valore controverso, per i soli motivi di incompetenza o di eccesso di potere. L'appello è attualmente di competenza della magistratura del lavoro di recente istituita (art. 13, ult. capov., della legge 3 aprile 1926, n. 563).

La giurisdizione dei probiviri è in sostanza una giurisdizione in materia commerciale, perchè le controversie dipen-

denti dal contratto di lavoro industriale, sono commerciali in virtù dell'art. 3, n. 8, che considera commerciali le imprese di manifatture, e in virtù dell'art. 54, che considera materia di commercio ogni rapporto derivante da un atto di commercio anche unilaterale.

b) Fra le giurisdizioni speciali commerciali deve annoverarsi anche la *giurisdizione dei capitani e ufficiali di porto*, che per l'art. 14 del codice della marina mercantile decidono le controversie, non eccedenti il valore di lire 400, per danni cagionati per l'urto di nave, per indennità, mercedi e ricompense dovute per soccorsi prestati a navi pericolanti o naufragate, per mercedi e diritti dovuti a piloti pratici, rimorchiatori barcaioli o zavorrai del porto, per salari, vitto e in genere per l'adempimento dei contratti di arruolamento (1). Si tratta evidentemente di materia commerciale per l'art. 3, n. 15, 16, 17 e 18.

Invece non sembra possa considerarsi come giurisdizione speciale commerciale quella dei consoli e agenti consolari, i quali hanno facoltà di pronunciare inappellabilmente sulle controversie sorte all'estero relativamente ai salari, agli alimenti degli equipaggi (legge consolare 28 gennaio 1866, n. 2804,

---

(1) Deve qui essere ricordato che con regio decreto-legge 1° febbraio 1925, n. 232, furono istituiti gli uffici del lavoro portuale. Ad essi, tra l'altro, è assegnato il cómpito (art. 2, lettera *e*) di « risolvere, senza formalità di giudizio, le controversie individuali sorgenti tra i lavoratori e tra essi e i datori di lavoro, sia che riguardino l'esecuzione del lavoro, sia che riguardino l'applicazione delle relative tariffe ». Contro le decisioni dell'ufficio del lavoro è ammesso reclamo al comandante del porto, il quale decide inappellabilmente (art. 2, penultimo capoverso).

Attribuzioni presso che analoghe per il porto di Genova sono affidate al presidente del consorzio autonomo del porto. A lui è deferita la decisione delle controversie in ordine al lavoro, alle operazioni ed ai servizi del porto attribuiti al Consorzio, nei limiti di competenza per valore del pretore e con le modalità stabilite dall'art. 15, comma 1° e 2°, del codice per la marina mercantile. Le decisioni non sono suscettibili di appello o di opposizione (regio decreto-legge 28 dicembre 1924, n. 2285, art. 1, n. IX). Su questa giurisdizione speciale e sui rapporti con le attribuzioni affidate ai capitani e agli ufficiali di porto dal codice della marina mercantile, vedi SCIOLLA, *Una nuova giurisdizione marittima*, in *Riv. di dir. comm.*, 1926, I, 343 e seguenti.

art. 77), perchè la giurisdizione consolare non è limitata alla materia commerciale, ma comprende molte materie anche estranee al commercio.

c) Tra gli organi giurisdizionali, istituiti in questi ultimi tempi, meritano di essere menzionate le Commissioni arbitrali per la risoluzione di controversie derivanti dal contratto di impiego privato. Questa giurisdizione speciale fu creata originariamente con carattere temporaneo e limitata competenza (decreto luogotenenziale 1° maggio 1916, n. 490). La durata della sua vita, che avrebbe dovuto cessare sei mesi dopo la conclusione della pace, fu prorogata, prima temporaneamente col regio decreto 28 aprile 1921, n. 645, e poi indeterminatamente, fino a nuova disposizione, con regio decreto 28 luglio 1921, n. 1097. La sfera della sua competenza venne gradatamente ampliata con i decreti luogotenenziali 2 settembre 1917, n. 1498, 10 marzo 1918, n. 349, 24 novembre 1918, n. 1773, e quindi col decreto-legge 9 febbraio 1919, n. 112, che attribuì alle dette Commissioni competenza generale su tutte le controversie nascenti dal contratto di impiego privato.

La speciale giurisdizione è attualmente regolata dal decreto-legge 2 dicembre 1923, n. 2686, che stabilisce l'ordinamento delle Commissioni arbitrali istituite in ogni capoluogo di provincia, salva la facoltà al Ministro dell'Economia Nazionale di istituirne altre in una stessa provincia, determinandone la rispettiva circoscrizione (art. 2). La Commissione è composta di un magistrato, che la presiede, e di otto membri, di cui quattro scelti fra industriali e commercianti e altrettanti tra impiegati di aziende private. La Commissione ha competenza sulle controversie di valore non superiore a lire ventimila.

Il collegio giudicante è composto del presidente e di quattro membri. Le sue decisioni, qualora la controversia sia superiore a lire tremila, sono appellabili; se pronunciate su controversia di valore inferiore, sono impugnabili con ricorso solo per incompetenza o per eccesso di potere. L'appello e il ricorso sono proposti ad una speciale Commissione centrale. Per questa parte le norme anzidette sono state modificate dalla legge 3 aprile 1926, n. 563, che deferisce l'appello dalle decisioni delle Commissioni arbitrali alla magistratura del

lavoro (art. 13). È poi stabilito che la materia dovrà formare oggetto di revisione (art. 23 della legge medesima).

Come dicemmo a proposito dei probiviri, anche la competenza giurisdizionale delle Commissioni arbitrali per l'impiego privato è, in sostanza, una competenza in materia commerciale, perchè il contratto di impiego privato ha carattere commerciale, quando una delle parti sia commerciante (art. 4 codice di comm.), e ciò avverrà normalmente: sicchè i rapporti che ne derivano costituiscono materia commerciale (art. 54 e 870 codice di commercio) (1).

d) Dobbiamo infine menzionare la recente istituzione della magistratura del lavoro, connessa all'organizzazione corporativa dello Stato, di cui è fondamento la legge 3 aprile 1926, n. 563.

La funzione precipua delle Corti di appello funzionanti come magistratura del lavoro è quella di risolvere le controversie relative alla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro. È una funzione connessa a tutto il nuovo ordinamento dato ai rapporti sindacali del quale costituisce la base. Ma esse hanno pure la funzione, a cui abbiamo già accennato, di risolvere, in grado di appello, le controversie decise dai collegi di probiviri, dalle Commissioni per l'impiego privato e da altri organi giurisdizionali in materia di contratti individuali di lavoro. In questo campo la loro attività giurisdizionale si svolge precipuamente in materia commerciale.

---

(1) Si può qui ricordare la giurisdizione speciale per l'equo trattamento del personale delle aziende esercenti pubblici servizi di trasporto (art. 13 del regio decreto 19 ottobre 1923, n. 2311). Il carattere giurisdizionale delle Commissioni arbitrali alle quali è deferita la risoluzione delle controversie derivanti dall'applicazione delle norme di equo trattamento è stato recentemente messo in dubbio.

§ 28. La competenza.

SOMMARIO: 130. Cenni generali. Competenza obbiettiva: art. 871 codice di commercio. Competenza funzionale: norme speciali in materia fallimentare. — 131. Competenza per territorio: art. 91 cod. di procedura civile. Norme speciali per la materia delle società, dei trasporti, delle responsabilità derivanti da urto di navi: art. 872, 873 codice di commercio.

130. È nota la distinzione fra giurisdizione e competenza. La competenza non è che quella parte di giurisdizione, che spetta in concreto a ciascun magistrato. Il concetto di competenza deriva dal fatto che il potere giurisdizionale non è accentrato in un solo organo, ma è distribuito, per ragioni evidenti di necessità pratica, fra una quantità di organi. Mentre pertanto la giurisdizione è il potere spettante a tutti gli organi giudiziari considerati nel loro complesso, la competenza è quella parte di giurisdizione, che spetta in concreto a ciascun giudice.

Questa distribuzione o divisione del lavoro giudiziario è fatta in base a diversi criterî; si dice così che vi sono varie specie di competenza.

Vi è una competenza *obiettiva*, in quanto uno dei criterî di distribuzione della competenza è dato dalla natura della causa; e secondo che si ha riguardo al valore della controversia o all'oggetto della medesima si ha la competenza *per valore* o *per materia*.

Un secondo criterio è dato dalla particolare natura della funzione che, nell'ambito giurisdizionale, è riservata a ciascun magistrato (*competenza funzionale*); vi è così una competenza di primo grado e una competenza di appello (competenza per grado); una competenza di cognizione e una competenza di esecuzione.

Un terzo criterio è dato dall'ambito territoriale, entro il quale il giudice è chiamato a esercitare le sue funzioni; si ha allora la competenza *per territorio*.

a) Circa la *competenza obiettiva* in materia commerciale, valgono le disposizioni generali del diritto processuale

civile. Le norme speciali nella materia commerciale si riducono a pochissime. La più importante è la disposizione dell'art. 871, per cui il pretore o, in sua mancanza, il conciliatore possono sempre, benchè la causa non sia di loro competenza, dare i provvedimenti urgenti per le contestazioni commerciali sorte in tempo di fiera o di mercato. Il provvedimento emesso dal pretore o dal conciliatore ha carattere *temporaneo*, cioè è di sua natura provvisorio e di regola ha per oggetto la conservazione o la custodia delle cose controverse. Il provvedimento del pretore o del conciliatore è emanato mediante decreto (1);

b) circa la *competenza funzionale*, ricorderemo la competenza del tribunale, nella cui giurisdizione il debitore ha il principale suo stabilimento commerciale in materia di fallimento (art. 685 codice di commercio). Il processo di fallimento è, come si vedrà a suo luogo, essenzialmente un processo esecutivo di espropriazione, per il quale è di regola competente un unico magistrato, che è precisamente il tribunale del luogo dove il commerciante esercita il commercio. Se il passivo del fallimento è inferiore a lire 5000, la procedura ha luogo davanti al pretore (legge 24 maggio 1903, n. 197, art. 36).

131. *c*) Riguardo alla competenza per territorio, la disposizione speciale più importante per la materia commerciale è quella dell'art. 91 codice di proc. civile, per cui, nelle materie commerciali, l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili possono anche proporsi davanti all'autorità giudiziaria del luogo, in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce o in cui deve eseguirsi l'obbligazione, sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria.

Si tratta di due fôri speciali, i quali concorrono elettivamente insieme col fôro generale, di cui all'art. 90 cod. proc. civile (fôro del convenuto), e insieme cogli altri fôri speciali

---

(1) La soluzione non è del tutto pacifica, ritenendosi da taluni che sia da seguire la regola dell'art. 37 codice di procedura civile, salvo che la natura del provvedimento, per es., «sequestro conservativo», ne prescinda secondo le norme dello stesso codice.

dell'art. 91 (*forum contractus* e *forum rei sitae*) (1). Questi due fôri speciali per la materia commerciale sono:

a) il fôro del luogo, in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce;

b) il fôro del luogo, ove deve eseguirsi l'obbligazione.

a) Il primo presuppone il concorso di due condizioni: che sia stata fatta la promessa e la consegna della merce. Le due condizioni devono concorrere congiuntamente; non basta, perciò, che sia fatta la promessa o la consegna soltanto, ma occorre che nel luogo medesimo si siano verificate le due circostanze. Evidentemente questa competenza speciale si riferisce ai contratti aventi per oggetto la tradizione di una cosa mobile; quindi in primo luogo ai contratti di compravendita. La promessa della merce implica la perfezione del contratto, giacchè l'obbligo di consegnare la merce presuppone che il contratto si sia perfezionato. Si noti, infatti, che la legge parla appunto di promessa della merce, e non già di promessa del contratto. Ora il luogo dove avviene la promessa della merce è il luogo dove il venditore assume la obbligazione a lui derivante dal contratto, cioè l'obbligo di consegnare la merce, il che è quanto dire il luogo di perfezione del contratto. Quanto al luogo della consegna della merce, esso è il luogo di esecuzione del contratto da parte del venditore, così che la formula un poco oscura dell'art. 91 si risolve in quest'altra, che è competente in materia commerciale anche il giudice del luogo, in cui avviene la conclusione del contratto e la sua esecuzione da parte del venditore.

---

(1) Che il *forum contractus* e il *forum rei sitae*, stabiliti dalla prima parte dell'art. 91 del codice di procedura civile, siano applicabili anche in materia commerciale, non è controverso. Si dubita però se, anche in materia commerciale, sia necessaria la condizione che il convenuto venga ivi citato in persona propria, giusta il testo della disposizione legislativa. Prevale l'opinione affermativa, e giustamente, perchè se, in materia commerciale, la competenza del fôro del concluso contratto fosse sempre indipendente dalla citazione in persona propria, non avrebbe ragione d'essere la disposizione speciale dell'art. 91 circa la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo, in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce: si cons. da ultimo: Cass. del Regno, 22 dicembre 1925 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 426), e 26 giugno 1926 (sentenza n. 2082, inedita).

Quando conclusione ed esecuzione avvennero nello stesso luogo, la legge presume, infatti, che le parti vi abbiano entrambi tali rapporti di affari e di interessi, da giustificare la costituzione in quel luogo del rapporto processuale. Questa competenza riguarda le sole obbligazioni contrattuali, come risulta dalla lettera e dallo spirito della legge.

Il luogo dove fu fatta la consegna della merce è il luogo dove effettivamente il contratto fu eseguito, non quello in cui avrebbe dovuto eseguirsi a termine del contratto. Perchè poi il contratto possa dirsi eseguito da parte del venditore occorre la consegna, cioè la tradizione effettiva del possesso della cosa. Non basta, perciò, la semplice spedizione, cioè la consegna al vettore per il trasporto, neppure quando le spese del trasporto siano a carico del compratore (1). La tradizione non si compie colla semplice spedizione, ma col ricevimento da parte del destinatario. La girata di uno di quei titoli così detti di disposizione, che rappresentano la merce, equivale alla consegna, in quanto colla girata medesima il compratore acquista il diritto di farsi consegnare la merce della cui disponibilità il girante si è spogliato irrevocabilmente (2).

b) È competente anche, come abbiamo visto, il giudice del luogo, ove deve eseguirsi l'obbligazione; il quale si distingue dal precedente, perchè non è il luogo ove di fatto l'obbligazione fu eseguita da parte del venditore, ma quello ove l'esecuzione deve avvenire secondo il contratto o secondo la legge. È quindi il *locus destinatae solutionis* (3).

---

(1) È stato perciò deciso che la clausola « franco vagone partenza » non determina il luogo di consegna della merce ai fini della competenza: Cass. del regno, 13 marzo 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 260); 24 novembre 1925 (*Ivi*, 1926, I, 176); 26 giugno 1926 (sentenza n. 2082, inedita).

(2) Così nel caso di vendita con la clausola *cif*, luogo della consegna della merce deve considerarsi quello dove avviene la consegna dei documenti rappresentativi: Cass. del regno, 6 febbraio 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 210), e 24 febbraio 1926 (*Ivi*, 1926, I, 1, 321).

(3) A differenza del fôro speciale precedente, quello del luogo dove deve eseguirsi l'obbligazione non è esclusivo ai rapporti contrattuali, sicchè anche l'azione per risarcimento di danni derivanti da delitto, quando si versi in materia commerciale, può essere proposta nel detto

Per radicare la competenza di ambedue questi fôri speciali non è necessario che il convenuto sia citato in persona propria, come accade, invece, per altre competenze speciali dell'art. 91.

Altre competenze speciali per territorio in materia commerciale sono quelle degli art. 872 e 873 cod. di comm., che riguardano la materia *delle società*, la materia *dei trasporti* e la materia della responsabilità derivante da *urto di navi.*

a) In materia di società commerciali, oltre il fôro generale dell'art. 90, secondo capov., cod. proc. civ. (fôro del luogo, dove è la sede dell'amministrazione o si trova uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società), l'articolo 872, principio, ammette due altri fôri concorrenti elettivamente per le azioni personali e reali mobiliari, derivanti da atti intrapresi da un rappresentante o institore della società fuori della sede sociale. Questi due fôri sono: 1° il fôro del luogo dove si esercita il commercio; 2° il fôro del luogo dove risiede l'institore o il rappresentante. Questa duplice competenza è elettiva, nel senso che viene stabilita a favore del terzo, che agisce in giudizio contro la società.

b) In materia di contratto di trasporto, l'art. 872, capov., ammette la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo, dove risiede un rappresentante del vettore e, se si tratta di trasporti ferroviari, ammette la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo, ove si trova la stazione di partenza o quella di arrivo. Abbiamo, dunque, qui tre fôri pure elettivi e, secondo l'opinione prevalente, stabiliti soltanto a vantaggio dei terzi, valevoli, perciò, per le azioni promosse

---

fôro; vedi, da ultimo, Cass. del regno, 8 aprile 1926 (sentenza n. 982, inedita). Si ritiene poi dalla nostra giurisprudenza che la disposizione legislativa non si riferisce al luogo di esecuzione della specifica obbligazione che cade in contestazione, ma a quello dove una qualunque delle parti debba eseguire la propria. Per conseguenza, trattandosi di contratti bilaterali, l'attore può citare il convenuto davanti l'autorità giudiziaria tanto del luogo, in cui questi deve adempiere la propria prestazione, quanto di quello, in cui egli stesso deve eseguire la controprestazione: Cass. del regno, 21 gennaio 1926 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 188); 29 gennaio 1926 (*Ivi*, I, 1, 554); 16 marzo 1926 (*Ivi*, I, 1, 619); 20 aprile 1926 (sentenza n. 1187, inedita).

dal vettore. Di questi tre fôri, uno riguarda tutti i contratti di trasporto in generale, ed è quello del luogo dove risiede un rappresentante del vettore; gli altri due riguardano soltanto i trasporti per ferrovia e sono i fôri del luogo, dove trovasi la stazione di partenza o quella di arrivo. Perciò, per i trasporti ordinarî vi è un solo fôro speciale e per i trasporti ferroviarî ve ne sono tre (1). Agli effetti dell'esercizio dell'azione contro l'Amministrazione ferroviaria, i capi-stazione sono considerati come institori, vale a dire essi hanno la rappresentanza dell'Amministrazione in giudizio (art. 872, ultimo capoverso, e art. 63, § 2, delle Condizioni per i trasporti di cose sulle ferrovie dello Stato, approvate con Regio Decreto 12 novembre 1921, n. 1585).

c) In materia di urto di navi le azioni di responsabilità che ne derivano (art. 660 e segg. cod. di comm.) si possono proporre davanti a tre fôri: quello dove ebbe luogo l'urto, quello di destinazione della nave, e quello del primo approdo (2).

§ 29. Le prove: Considerazioni generali (3).

Sommario: 132. Il principio della libertà delle prove in materia civile e in materia commerciale.

132. È principio fondamentale del diritto moderno che il giudice decide sui fatti, affermati dalle parti, secondo il suo libero convincimento. Questo sistema si contrappone al

---

(1) È controverso se queste disposizioni si applichino solo ai trasporti di cose o anche a quelli di persone: Cass. Torino, 22 febbraio 1913 (*Giur. ital.*, 1913, I, 1, 306), e 2 dicembre 1914 (*Ivi*, 1915, I, 1, 115). *Contra*: Cass. Napoli, 11 marzo 1916 (*Giur. ital.*, 1916, I, 1, 889). È pure controverso se si applichino ai trasporti marittimi.

(2) Si ritiene generalmente che la legge, parlando del luogo di destinazione e del luogo del primo approdo della nave, si riferisca così alla nave urtante come alla nave urtata: Trib. Volterra, 3 giugno 1916 (*Diritto marittimo*, 1916, 16): si avrebbero così cinque fôri speciali elettivi, invece di tre.

(3) Vivante, *Trattato*, vol. IV, n. 1581 e seg.; Navarrini, *Trattato*, vol. V, n. 2052 e seguenti. Si vedano inoltre i *Trattati generali di procedura civile*, e ancora: Carnelutti, *La prova civile*, Roma 1915.

sistema, altre volte vigente, per cui il legislatore vincolava il giudice nell'apprezzamento della prova dei fatti e predisponeva l'ammissibilità e il valore dei singoli mezzi di prova (sistema della *prova legale*). Tuttavia, tracce del sistema della prova legale non mancano anche nel diritto vigente, e fra queste stanno in prima linea le regole, che restringono l'ammissibilità di taluni mezzi di prova. Il diritto commerciale ha fatto un passo innanzi nel sistema del libero convincimento, diminuendo di molto le restrizioni poste dal diritto civile all'ammissione di taluni mezzi di prova, non solo, ma attribuendo valore probatorio ad altri mezzi, che per il diritto civile non lo avrebbero. Anche questa larghezza è consacrata dall'art. 44 del codice di commercio, il quale stabilisce che «le obbligazioni commerciali e le liberazioni si provano: con atti pubblici, con scritture private, colle note dei mediatori sottoscritte dalle parti, con fatture accettate, colla corrispondenza, con telegrammi, coi libri delle parti contraenti, con testimoni, e, semprechè l'autorità giudiziaria lo consenta, anche nei casi preveduti nell'art. 1341 del codice civile, e con ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili».

Questa disposizione, che viene testualmente dettata solo per la prova delle obbligazioni e delle liberazioni, ma che concerne tutti i fatti giuridicamente rilevanti per la nascita, la modificazione, l'estinzione di un rapporto commerciale (1), contiene due principî. Essa, da un canto, toglie di mezzo le limitazioni, che la legge civile pone all'ammissibilità di uno

---

(1) Una recente sentenza della Corte di cass. del Regno, 16 marzo 1926 (*Giur. italiana*, 1926, I, 1, 554), ha deciso che l'articolo 44 del codice di commercio non è applicabile, nemmeno in materia commerciale, per la prova di un patto di deroga alla competenza territoriale, il quale implica elezione di domicilio che, giusta l'art. 19 codice civile, deve risultare da prova scritta. Nello stesso senso: Cass. Roma, 10 aprile 1922 (*Giur. ital.*, 1922, I, 1, 491). Questa giurisprudenza parte evidentemente dal concetto, che l'elezione di domicilio, in quanto produce deroga alla competenza territoriale, sia atto di natura essenzialmente civile, e, come tale, fuori della materia di commercio. La tesi è molto discutibile (V. quanto è detto più innanzi a proposito dell'art. 4 del codice di commercio), ma può giustificarsi sotto il profilo della natura pubblicistica del processo, e quindi delle norme sulla competenza e delle dichiarazioni di volontà che vi derogano.

dei mezzi di prova più importanti e più frequenti, la prova testimoniale. Dall'altro canto, questa disposizione riconosce altri mezzi di prova particolari alla materia di commercio e specialmente le note dei mediatori, le fatture accettate, la corrispondenza, i telegrammi ed i libri.

Diremo, dunque, anzitutto, del principio della libertà delle prove in materia commerciale; studieremo poi particolarmente i singoli mezzi di prova, speciali alla materia di commercio.

§ 30. Il principio della libertà delle prove in materia commerciale.

Sommario: 133. I) La limitazione alla regola della libertà delle prove derivante dal principio dispositivo nel processo: eccezioni in materia commerciale (art. 216, 401 codice di proc. civile). II) La limitazione derivante dall'istituto della forma dei negozi giuridici. — 134. III) Le restrizioni alla prova testimoniale in materia civile. La regola in materia commerciale: poteri del giudice nel concederla. Casi in cui la prova testimoniale non è ammessa in materia commerciale. — 135. IV) La prova congetturale. Le presunzioni in materia commerciale.

133. Il principio generale del diritto moderno, che il giudice giudica dei fatti affermati dalle parti, secondo il suo libero convincimento, trova una serie di eccezioni in alcuni principî del diritto processuale, i quali si ricollegano invece col sistema della prova legale.

I. La prima e più grave eccezione è recata dalla regola: *iudex iudicare debet secundum alligata et probata.* In questo vecchio broccardo è sancito il principio di disposizione delle parti, anche nell'apprestamento del materiale probatorio. Tale principio importa che, di regola, spetta alle parti il fornire al magistrato gli elementi del suo giudizio sulla sussistenza dei fatti allegati; il giudice non può d'ufficio procurarsi il materiale probatorio e deve quindi accontentarsi di quello, che le parti gli forniscono. In tal modo non è più la verità obiettiva che viene accertata dal giudice, ma una verità relativa, quale risulta dalle prove addotte.

In materia commerciale il principio dispositivo soffre alcune importanti limitazioni, che significano una maggiore applicazione del principio generale del libero convincimento.

Così, mentre in materia civile la confessione non può essere provocata che dalla richiesta di una delle parti, in quanto questa domandi la prova per interrogatorio e deduca specificatamente, per articoli separati, i fatti su cui chiede l'interrogatorio, in materia commerciale vi è l'istituto della comparizione personale delle parti, per cui il giudice può d'ufficio ordinare che le parti compariscano personalmente, per essere sentite all'udienza o in camera di consiglio. In tal modo il giudice può d'ufficio provocare una confessione delle parti, mentre ciò non sarebbe lecito in materia civile (articoli 216, 401 cod. proc. civ.).

II. Una seconda limitazione al principio del libero convincimento è data dall'istituto della forma dei negozî giuridici. Abbiamo veduto che, per quanto distinti, i due istituti della forma e della prova hanno fra loro rapporti assai stretti. Così, quando una data forma, per esempio la scrittura, è richiesta per l'efficacia di un atto giuridico, la mancanza della forma, producendo l'inefficacia dell'atto, ne impedisce anche la prova, che sarebbe inutile e frustranea. Ora, in materia civile, come si è visto a suo tempo, sono molto più numerosi gli atti, per cui occorre la forma scritta, di quello che non siano in materia commerciale, donde una molto maggior larghezza nell'ammettere la prova in materia commerciale in confronto della materia civile.

134. III. Una terza gravissima limitazione al principio del libero convincimento, in materia civile, è data dalle restrizioni che il codice civile stabilisce all'ammissibilità della prova testimoniale. Il codice civile considera con manifesta diffidenza questo mezzo di prova e non lo ammette: 1° quando si tratti di convenzioni, il cui oggetto ecceda il valore di lire 500; questo limite di valore è stato elevato a lire 2000 dall'art. 20 del R. decreto-legge 20 settembre 1922, n. 1306; 2° quando si tratti di fatti allegati contro o in aggiunta al contenuto di atti scritti; 3° quando si tratti di ciò che sia

stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente a un atto scritto (cod. civ., art. 1341).

In materia commerciale l'art. 44 codice di comm. toglie questa triplice limitazione, ammettendo la prova testimoniale in ogni caso, quando il giudice lo crede opportuno.

Questa norma speciale del codice di commercio ha dato luogo a qualche dubbio. Il più importante concerne la formula usata dall'art. 44, per cui la prova testimoniale è, in materia di commercio, ammessa anche nei casi in cui non è ammessa in materia civile, « sempre che l'autorità giudiziaria lo consenta ». Che valore ha questa disposizione? Secondo l'opinione dominante essa attribuirebbe al magistrato un potere discrezionale ed insindacabile circa la ammissione della prova per testimoni. In altri termini, quando, secondo il diritto civile, la prova testimoniale non sarebbe ammissibile, in materia commerciale la sua ammissibilità dipenderebbe da un apprezzamento discrezionale del giudice. Mentre, in generale, per l'ammissione di un mezzo di prova, occorre la sua ammissibilità legale e la sua concludenza in fatto, per l'ammissibilità della prova testimoniale in questi casi, in cui il diritto civile la esclude, occorre, secondo questa opinione, il consenso del giudice, che può negarlo senza rendere conto del suo diniego (1).

Io non credo che questa opinione sia da accogliere, perchè essa parte dal supposto che il magistrato, di fronte a una prova testimoniale concludente, possa respingerla, perchè non ha fiducia nei suoi risultati. Ma non aver fiducia nei risultati di una prova, significa di necessità negarne la concludenza. E, infatti, in tutti i casi che si sogliono citare,

---

(1) Dice il Vivante, che è il più autorevole sostenitore di questa opinione: « il giudice civile, quando la prova per testimoni è legalmente ammissibile e materialmente concludente, deve ammetterla; all'opposto, in materia commerciale il giudice può respingerla, anche quando i fatti che si vogliono provare, sarebbero concludenti, se non ha fiducia nei risultati della prova. Qui il legislatore non ha prescritto, come regola generale, l'ammissibilità di ogni prova testimoniale concludente, ma ha delegato il suo potere al giudice, perchè decida secondo le circostanze del fatto ». *Trattato*, vol. IV, n. 1584, vedi la giurisprudenza ivi citata alla nota 131.

col sussidio della giurisprudenza, il magistrato non ritenne concludente la prova. Quando il giudice respinge la prova testimoniale perchè reputa sufficienti le presunzioni già raccolte, perchè ritiene che lo svolgimento dell'affare non compativa la mancanza di una prova scritta, perchè il debitore, essendo un istituto di credito, non avrebbe concluso l'affare senza scrittura (1), in sostanza viene a dire che esso ritiene già provati i fatti in un determinato modo e reputa inconcludente la prova che si voglia dare del contrario. Insomma, non si può raffigurare, all'infuori del caso della inconcludenza, un motivo, per cui possa il giudice esser indotto a negare la prova per testimoni. I motivi di ordine generale, che fanno il legislatore diffidente verso la prova testimoniale e lo inducono a escluderla, non sono suscettibili di un apprezzamento concreto nei singoli casi. Questi motivi, si sostanziano nella possibilità che le testimonianze siano mendaci ed ingannevoli, e un tal giudizio non può essere fatto, rispetto a un singolo caso, senza conoscere quali saranno i testimoni chiamati a deporre; il che non è possibile al giudice di sapere al momento in cui ammette la prova.

Per conseguenza la dottrina, secondo cui l'ammissione della prova testimoniale, in materia commerciale, dipende dall'apprezzamento discrezionale del giudice, manca, a mio avviso, di valore pratico, per la impossibilità di concepire motivi di non ammissione della prova testimoniale, che siano all'infuori della sua inconcludenza (2).

---

(1) Questi casi sono tutti citati dal VIVANTE, *ivi*.

(2) In questo senso è la giurisprudenza, la quale esclude che il giudice abbia facoltà di negare la prova testimoniale di cui è riconosciuta la legalità e la concludenza, e ritiene perciò che il potere discrezionale del magistrato consista nell'esame della concludenza o meno della prova proposta: Cass. del Regno, 27 maggio 1924 (*Corte di cass.*, 1925, 98); 4 aprile 1925 (*Ivi*, 1925, 1031); ed è certamente giudizio di inconcludenza, come diciamo nel testo, il ritenere la prova dei fatti raggiunta in base ad altre fonti probatorie: Cass. del Regno, 13 maggio 1925; 11 febbraio 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Scrittura*, n. 103-104); 26 maggio 1926, sentenza n. 1695, inedita. Che la inverosimiglianza possa essere in generale motivo per respingere la prova testimoniale, è negato dalla Corte di cass. del Regno, salvo che l'inverosimiglianza trascenda i limiti delle umane possibilità e sconfini nel regno del fantastico: sent. 31 ottobre

Solo sotto un punto di vista quella dottrina può avere un valore pratico: in quanto si risolve nella facoltà concessa al giudice di negare la prova senza motivare la sua decisione. Infatti i poteri discrezionali implicano la possibilità di respingere o di ammettere la prova per testimoni senza dirne i motivi.

Anche l'opinione che i poteri speciali conferiti al giudice dall'art. 44 si risolvano nell'esonero dall'obbligo della motivazione è seriamente contrastata in dottrina e in giurisprudenza. Dal punto di vista dottrinale si afferma che la legislazione processuale odierna non consente ai giudici poteri insindacabili, dal momento che assoggetta al rimedio dell'appello le loro sentenze e prescrive, negli art. 360 e 361 del codice di procedura, che tutte le sentenze devono essere motivate (1).

Io non sottoscriverei a questa affermazione, non perchè non siano esatti i principî di diritto processuale, a cui essa si richiama, ma perchè bisogna pur dare un significato alla frase dell'art. 44 del cod. di comm: «sempre che l'autorità giudiziaria lo consenta»; frase che sarebbe superflua, se dovesse ritenersi che la prova testimoniale in materia di commercio è ammissibile tutte le volte che essa è concludente. Ora, siccome non si può pensare che la legge contenga disposizioni senza significato o superflue, bisogna ritenere che qualche potere speciale sia stato dato al giudice nell'ammettere o negare la prova per testimoni in materia di commercio. E poichè questo potere non può risolversi che nella

---

1924 (*Foro ital.*, 1925, 398); nello stesso senso numerose altre sentenze, come, per es., 22 aprile 1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 872); 12 gennaio 1926 (sent. n. 6, inedita); 29 gennaio 1926 (sent. n. 296, inedita), ecc. Tuttavia molte sentenze ritengono che in materia commerciale, dati i poteri discrezionali affidati al giudice, la prova testimoniale è legittimamente negata perchè ritenuta inverosimile: Cass. del Regno, 7 luglio 1925 (*Giur. ital.*, 1925, I, 1, 901); 27 febbraio 1926 (sentenza n. 571, inedita); 21 maggio 1926 (sentenza n. 1615). Vedasi in proposito Carnelutti, in *Riv. di dir. comm.*, 1923, II, 255. In senso contrario, però, Cass. del Regno, 7 gennaio 1925 (*Giur. ital.*, 1925, I, 1, 386); 13 maggio 1926 (sentenza n. 747, inedita).

(1) Mortara, in *Riv. di dir. comm.*, 1906, II, 385 e seguenti.

facoltà di pronunciare discrezionalmente e senza motivazione, bisogna appunto concludere che non vi è altro modo di rendersi ragione di quell'inciso dell'art. 44, che ammettere tale facoltà discrezionale e quindi l'esistenza di una deroga portata dall'art. 44 cod. di comm. agli art. 360, 361 del codice di proc. Poichè la questione sta appunto in ciò, nel vedere se il principio generale di diritto processuale, a cui si fa *ex adverso* richiamo, sia stato o no derogato dall'art. 44 del cod. di commercio. E di fronte alla formulazione del capoverso, che si riferisce alla prova testimoniale, io credo che la risposta affermativa si imponga (1).

La regola dell'art. 44, secondo la quale la prova per testimoni è liberamente ammissibile, in materia commerciale, a discrezione del giudice, non vale naturalmente per il caso in cui essa sarebbe ammissibile anche in materia civile; qui non più potere discrezionale, ma obbligo del giudice di ammettere la prova quando essa è concludente, e di motivare sulla concludenza.

Il principio sancito nell'art. 44 soffre alcune eccezioni. Vi sono, dunque, casi in cui la prova testimoniale non è ammessa anche in materia di commercio.

a) Il primo di questi casi è dato dagli atti che sono formali anche in materia di commercio. Per i rapporti che esistono fra l'istituto della forma e quello della prova, abbiamo visto che non è ammessa la prova di quei negozî, di cui manchi la forma prescritta dalla legge.

b) In secondo luogo la prova testimoniale è esclusa, in materia di commercio, ogni volta che il codice di com-

---

(1) Prevale nella giurisprudenza l'opposta dottrina, nel senso, cioè, che il giudice abbia l'obbligo di motivare nell'ammissione alla prova. Fra le sentenze più recenti: Cass. Roma, 6 novembre 1922 (*Foro ital.*, 1923, I, 208). In questo senso la Corte di cassazione del Regno si è pronunziata frequentemente, se non costantemente: 7 giugno 1924 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1924, voce *Prova testimoniale*, n. 65); 7 gennaio 1925 (*Giur. ital.*, 1925, I, 1, 386); 31 ottobre 1924 (*Ivi*, 1925, I, 1, 1038); 31 luglio 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Prova testimoniale*, n. 106); 16 marzo 1926 (sentenza n. 755, ined.); 17 luglio 1926 (sentenza n. 2165, inedita). Nel senso del testo però, vedi la sentenza del 22 gennaio 1926 (sentenza n. 243, inedita).

mercio prescrive la prova per iscritto (art. 53 cod. di comm.). Sappiamo che in parecchi casi il codice di commercio richiede la scrittura, senza aggiungere la sanzione dell'inefficacia totale o parziale dell'atto per la sua mancanza. Ciò avviene per l'associazione in partecipazione (art. 238), per l'associazione di mutua assicurazione (art. 240), per i contratti di assicurazione in generale (art. 420 e 604), per il contratto di pegno, quando il valore ecceda le 500 lire (art. 454), per i contratti di costruzione, di alienazione e di pegno delle navi (art. 481, 483 e 485), per il contratto di noleggio (art. 547), per la ricevuta del carico che il capitano deve agli interessati, cioè per la polizza di carico (art. 498, 545 e 558 codice di comm.). In tutti questi casi la scrittura è richiesta dal codice di commercio *ad probationem* e perciò la prova testimoniale non è ammissibile se non nei limiti fissati dal codice civile.

c) Si deve inoltre aggiungere il caso in cui la necessità dello scritto *ad substantiam* o *ad probationem* derivi non dalla legge, ma dalla volontà delle parti (vedi *retro*, n. 76). Anche in questo caso l'ammissibilità della prova testimoniale trova ostacolo o limitazione nella stessa volontà delle parti (1).

135. IV. Una quarta limitazione al principio del libero convincimento reca il diritto civile restringendo l'ammissibilità della prova per presunzioni o prova congetturale ai casi in cui la legge ammette la prova per testimoni (art. 1354, codice civile).

Abbiamo veduto per la prova testimoniale che l'art. 44 del cod. di comm. ne ha notevolmente ampliato l'ammissibilità nelle materie commerciali, autorizzando il giudice a consentirla anche nei casi in cui tale prova non sarebbe ammissibile ai termini dell'art. 1341 del cod. civ. Non è dubbio che dove è ammessa la prova testimoniale, sempre che il giudice la consenta, sia egualmente ammissibile la prova per presunzione semplice (2). Si discute però se questa

---

(1) Cass. Roma, 3 gennaio 1896 (*Foro ital.*, 1896, I, 241); Cass. Roma, 23 marzo 1914 (*Foro ven.*, 1915, 43).

(2) Lessona, *Teoria delle prove*, vol. V, n. 197; Ramponi, *Presunzioni*, pag. 260.

prova, in materia commerciale, possa essere ammessa anche quando la prova testimoniale sia dalla legge esclusa. Da alcuno viene ciò sostenuto considerando che l'art. 44 del cod. di comm., dopo aver enumerati i singoli mezzi di prova in materia commerciale, fa pure menzione di « ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili », fra i quali è compresa la prova presuntiva genericamente indicata nell'art. 1349 del codice civile, senza alcun richiamo specifico alle condizioni che ne limitano l'ammissibilità in materia civile, secondo l'art. 1354 dello stesso codice (1). Ma il generale richiamo ai mezzi di prova ammessi dalle leggi civili deve intendersi fatto al sistema probatorio così come è in esse leggi stabilito; il parallelismo pertanto tra la prova per presunzioni e quella per testimoni affermato nell'art. 1354 del codice civile deve valere anche in materia commerciale.

La questione non riguarda, naturalmente, i casi in cui l'atto sia formale, perchè, come vedemmo, non è ammessa la prova degli atti di cui manchi la forma prescritta *ad substantiam*. La questione può farsi, perciò, solo nei casi in cui, essendo richiesta la prova per iscritto senza speciale sanzione per la mancanza della scrittura, la prova testimoniale è sottoposta alle restrizioni indicate nell'art. 1341 codice civile.

---

(1) Bolaffio, *Comm.*, vol. II, pag. 364; Segrè, *Comm.* all'art. 44, pag. 221; Navarrini, *Trattato*, vol. V.

§ 31. I singoli mezzi di prova in materia commerciale: atti pubblici e scritture private.

SOMMARIO: 136. *I varî mezzi di prova in generale:* Attività personale del giudice, dichiarazioni delle parti, dichiarazioni di terzi (testimonianze e perizie), i documenti. — 137. *Atti pubblici e scritture private:* Varie categorie di scritture private; le scritture private in senso improprio: loro valore probatorio. La scrittura privata in senso proprio; necessità della sottoscrizione; requisito della contestualità. — 138. Varî elementi della scrittura privata; parte enunciativa, parte dispositiva, la data, la sottoscrizione. Requisiti della sottoscrizione. La sottoscrizione in bianco. — 139. Forza probante della scrittura privata: riconoscimento della scrittura. La prova contraria al contenuto della scrittura; ammissibilità della prova anche quando lo scritto sia richiesto *ad substantiam.* — 140. La prova della data di fronte ai terzi; regole contenute nel codice civile. Regole diverse, date dal codice di commercio. La presunzione della verità della data nei titoli all'ordine.

136. Detto del principio generale vigente, in materia di commercio, che è il principio del libero convincimento del giudice, e delle limitazioni che esso soffre in misura assai più ristretta che non in materia civile, rimane a parlare dei varî mezzi di prova. Qui la regola generale è assai semplice. In materia di commercio possono adoperarsi, allo scopo di ottenere il convincimento del giudice, tutti i mezzi di prova conosciuti dall'ordinamento giuridico; ed è appunto questo il principio sancito dall'art. 44 cod. di comm. Ma quali sono essi?

I mezzi, mediante i quali si forma il convincimento del giudice intorno alla verità di un fatto allegato, si possono classificare in quattro grandi categorie:

a) In primo luogo viene l'*attività personale del giudice*, il quale può, in determinate circostanze, procedere all'accertamento personale dei fatti. Il caso tipico è dato dal così detto *accesso giudiziale*, vale a dire dal trasferimento personale del giudice sul luogo, dove il fatto contestato è accaduto, o a cui si riferisce la situazione di fatto controversa, per trarre immediata cognizione dello stato di fatto da accertare (art. 271 e segg. codice proc. civ.). Ma, accanto a questo caso tipico ed espressamente contemplato, stanno tutti gli altri assai

numerosi, in cui il giudice dall'ispezione personale di oggetti, di documenti, ecc., trae il suo convincimento sulla loro provenienza, sulla loro autenticità o genuinità, sul modo con cui si è verificato un fatto, a cui essi si riferiscono. Talune volte, è vero, per apprezzare questi elementi di fatto il giudice si rimette al giudizio di un perito, ma vi sono casi in cui egli si affida piuttosto al giudizio diretto, che la cognizione di quegli elementi produce in lui.

Se egli è venuto a cognizione degli elementi senza il concorso dell'attività delle parti, per la esperienza che egli ha come uomo e come cittadino, di un certo ordine di fenomeni, si può avere allora accertamento di un fatto mediante la *scienza privata* del giudice. Questo elemento probatorio ha più importanza di quello che si creda comunemente, perchè vi è una quantità di fatti di pubblico dominio, che le parti non provano, e che il giudice ammette in virtù della cognizione diretta che ne ha (fatti politici, scoperte, procedimenti tecnici molto noti, usi molto conosciuti, ecc.).

b) Una seconda importantissima fonte di convincimento per il giudice, circa la verità dei fatti allegati, è costituita dalle *dichiarazioni delle parti*. Questa categoria comprende tutte le specie di dichiarazioni, che le parti emettono in giudizio e fuori di giudizio, fra cui è da notare la *confessione* (art. 1355 e segg. cod. civ.), sia spontanea, sia provocata mediante *interrogatorio* (art. 216 e segg. cod. proc. civ.), e il *giuramento* (art. 1362 e segg. cod. civ.; art. 220 e segg. codice proc. civ.).

c) La terza categoria dei mezzi di prova è data dalle dichiarazioni di terzi, sia sulla conoscenza dei fatti allegati che essi possono avere (*testimonianze*), sia sull'apprezzamento tecnico, che essi fanno del valore probatorio degli elementi di fatto acquisiti (*perizie*).

Della testimonianza si occupa il codice civile, all'articolo 1314 e segg. e il codice di proc. civile, all'art. 229 e segg.; della perizia il codice di proc. civile, all'art. 252 e seguenti.

d) La quarta ed ultima categoria di mezzi di prova è data dai *documenti*, cioè dagli scritti, in cui è affermata direttamente o indirettamente l'esistenza del fatto allegato (articolo 1313-1341 cod. civ.; art. 282-319 cod. proc. civ.).

Non intendiamo qui di fare una trattazione completa dei mezzi di prova; ciò esorbiterebbe dal nostro còmpito, che deve limitarsi ad esporre le particolarità, che offrono i mezzi di prova in materia commerciale.

In materia commerciale la categoria di mezzi di prova, su cui il legislatore ferma particolarmente la sua attenzione, per disciplinarne minutamente il valore probatorio, è quella dei *documenti*.

L'art. 44 del cod. di comm. enumera, oltre le due grandi categorie di documenti, che già il codice civile disciplina, cioè gli atti pubblici e le scritture private, una serie di altri documenti più particolarmente usati in materia commerciale, vale a dire le *note dei mediatori*, le *fatture*, la *corrispondenza*, i *libri commerciali*, i *telegrammi*.

Delle due categorie di documenti, dei quali si occupa il codice civile, diremo brevemente, più largamente invece ci occuperemo dei documenti speciali alla materia di commercio (fatture, corrispondenza, libri commerciali e note dei mediatori, telegrammi).

137. *Atto pubblico*, secondo la definizione del codice civile, è il documento redatto colle formalità di legge da notaio o da altro pubblico ufficiale, autorizzato ad attribuirgli la pubblica fede. L'atto pubblico fa piena fede della convenzione e dei fatti seguìti alla presenza del notaio o del pubblico ufficiale, che lo ha redatto, fino a che la verità dei fatti documentati non sia impugnata con querela di falso (art. 1317 cod. civile); le controdichiarazioni fatte per scrittura privata non hanno effetto che tra le parti contraenti.

Per *scrittura privata* in *senso ampio* si intende ogni documento proveniente da un privato: *quod auctoritate privata a privatis est compositum*. È naturale che il documento debba provenire da colui, contro il quale si allegano i fatti in esso menzionati. In *senso ristretto* o proprio invece la scrittura privata deve essere sottoscritta dalla parte, contro cui si oppone, e dev'essere indirizzata alla parte, che l'invoca. Solamente questo secondo tipo di documento fa piena prova fra coloro che l'hanno sottoscritto; mentre la scrittura privata in senso lato o improprio merita un grado di credibilità molto

vario, secondo la particolare natura dello scritto. Così la copia di un atto fatta da un ufficiale pubblico a ciò non autorizzato, e di cui manchi l'originale, costituisce principio di prova, se risale a più di trenta anni e semplice indizio, se è più recente (art. 1338 codice civile). La dichiarazione fatta ad un terzo costituisce un semplice indizio (art. 1358 codice civile); i registri e le carte domestiche fanno invece piena prova contro colui che le ha scritte, quando enunciano formalmente la ricevuta di un pagamento o quando contengono un'espressa menzione, che l'annotazione è stata scritta per supplire alla mancanza di titolo a favore del creditore (articolo 1330 codice civile). Così le annotazioni fatte dal creditore sopra un titolo di credito, che tendono a dimostrare la liberazione del debitore, fanno prova della liberazione (art. 1331 cod. civile); invece i libri dei commercianti, nei rapporti coi non commercianti, non fanno fede delle somministrazioni, che vi sono annotate, ma possono autorizzare il giudice a deferire d'ufficio il giuramento (art. 1328).

Vi è dunque notevole differenza tra il valore probatorio delle vere scritture private e quello delle scritture private in senso improprio.

Ora si domanda: quando l'art. 44 del codice di commercio stabilisce che le obbligazioni e le liberazioni commerciali si provano mediante scritture private, la legge ha inteso di alludere alla scrittura privata in senso proprio, o alla scrittura privata in generale, quindi a quella in senso lato o improprio?

Non vi ha dubbio, mi sembra, che la menzione della scrittura privata fatta nell'art. 44, si riferisce alla scrittura privata nel senso del codice civile, cioè alla scrittura privata propria. L'art. 44 infatti contrappone le scritture private agli atti pubblici precisamente come fa il codice civile, che per scrittura privata intende la scrittura in senso proprio; e, nella enumerazione dei varî mezzi di prova ammessi in materia commerciale, esso ricorda una serie di documenti, i quali sono scritture in senso lato; donde la conseguenza che l'art. 44, quando parla di scrittura privata, intende riferirsi alla scrittura privata in senso proprio (1).

(1) Pagani, nel *Commentario* al cod. di comm., art. 44, n. 223.

Ma ciò non significa che *solo* la scrittura privata in senso proprio sia riconosciuta come valido mezzo di prova in materia commerciale dall'art. 44. Tale conseguenza sarebbe eccessiva, per una ragione assai semplice: l'enumerazione dell'art. 44 è eminentemente esemplificativa, e perciò l'enumerazione delle varie scritture private improprie in esso contenuta deve estendersi a tutte le scritture improprie; in materia di commercio dunque anche le scritture improprie fanno piena fede. Se si ritenesse che, restringendo la menzione della scrittura privata fatta dall'art. 44 alle sole scritture in senso proprio, dovessero le scritture private in senso improprio essere escluse come generale mezzo di prova in materia di commercio, tale esclusione colpirebbe quegli altri documenti che, non rientrando nel concetto di scrittura privata in senso proprio, non sono esplicitamente ricordati nell'art. 44 (registri e carte domestiche, copie fatte da pubblico ufficiale non autorizzato, ecc.). Ora questa conseguenza è assurda, essendo inammissibile che il codice di commercio abbia regolato il sistema delle prove in modo più restrittivo del codice civile. Ma è poi in manifesta contraddizione con l'ultima parte dell'art. 44, che dichiara esplicitamente potersi i rapporti commerciali provare con tutti i mezzi di prova ammessi dalle leggi civili.

In conclusione io credo che per l'art. 44 anche la scrittura privata in senso improprio ha, in materia di commercio, pieno valore probatorio.

Rimane ancora da decidere un'altra questione, se cioè nei casi in cui la legge commerciale esige la scrittura, sia come forma essenziale dell'atto, sia agli effetti della limitazione della prova testimoniale (art. 53 codice di commercio), la scrittura privata debba rivestire i requisiti proprî della scrittura privata in senso ristretto. La risposta affermativa non mi sembra dubbia, perchè, riferendosi la menzione della scrittura privata contenuta nell'art. 44 alle scritture in senso proprio, deve ritenersi che, anche nei casi singoli, in cui il codice di commercio ricorda la scrittura privata, sia da intendere per tale la scrittura privata in senso proprio. In tutti questi casi, in cui la scrittura è richiesta *ad substantiam* o *ad probationem* in materia di commercio, la sottoscrizione è indispensabile. La sottoscrizione, si badi bene, non la

contestualità delle sottoscrizioni, cioè la redazione di un unico documento firmato da ambedue le parti, che non è requisito necessario delle scritture in senso proprio. La scrittura può, pertanto, risultare anche da due scritti distinti, per es., da due lettere (1).

138. Studiamo ora i singoli elementi delle varie specie di scritture private.

I. *Il corpo dell'atto*, vale a dire il complesso delle dichiarazioni, in cui si concreta la manifestazione della volontà delle parti, relativamente al fatto giuridico, di cui si tratta.

Fra queste dichiarazioni deve ancora distinguersi quella parte, in cui, a modo di premessa, si enunciano gli antecedenti dell'atto, dalla parte, in cui si manifesta effettivamente la volontà dei dichiaranti, e che costituisce l'essenza dell'atto. La prima parte si vuol chiamare *enunciativa;* la seconda si chiama parte *dispositiva* o disposizione semplicemente.

II. *La data*, cioè l'indicazione del luogo e del tempo in cui la scrittura fu formata. Si deve notare, a questo proposito, che la determinazione del tempo e del luogo di formazione della scrittura non è necessariamente la constatazione di un fatto, ma in un certo senso deve considerarsi parte della dichiarazione di volontà. In altri termini, è consentito alle parti di determinare la data in modo diverso dalla realtà. Non vi è infatti nessuna difficoltà giuridica, in via di principio, a che, per effetto di accordo fra le parti, queste considerino la scrittura formata in luogo e in tempo di loro scelta.

Sotto questo punto di vista, e nei rapporti perciò fra le parti, la data può costituire oggetto della dichiarazione di

---

(1) Nè la contestualità della scrittura, nè la contemporaneità delle sottoscrizioni sono ritenute necessarie dalla maggioranza della dottrina e dalla giurisprudenza recenti: si consulti Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del* Windscheid, vol. I, pag. 902-903; Degni, in *Riv. di dir. comm.*, 1912, II, 878, e, tra le sentenze più recenti, Cass. del Regno, 24 gennaio 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 854); 8 aprile 1924 (*Ivi*, 1924, I, 1, 490); 25 ottobre 1924 (*Ivi*, 1924, I, 1, 1807); 22 giugno 1925 (*Repertorio del Foro ital.*, 1925, voce *Scrittura*, n. 55). *Contra:* Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. I, 316; Brugi, in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, II, 949.

volontà, e nella scrittura può considerarsi come un elemento della parte dispositiva.

La data delle scritture commerciali deve indicare il luogo, il giorno, il mese e l'anno (art. 55 codice di commercio). Tanto il luogo quanto il tempo, in cui fu formata la scrittura, possono esprimersi con indicazioni equipollenti.

III. *La sottoscrizione*, vale a dire l'indicazione della persona della parte, scritta di suo pugno.

La sottoscrizione è l'elemento più importante della scrittura, nel senso ch'essa determina la provenienza della scrittura.

Quindi la sottoscrizione, come abbiamo veduto, deve essere *genuina*, cioè deve essere apposta di propria mano da chi figura come sottoscrittore. La sottoscrizione fatta da un terzo, qualora questi non dichiari d'agire come rappresentante, aggiungendo all'indicazione del nome del rappresentato anche la sua propria sottoscrizione, non ha alcun valore giuridico.

Questa particolarità della sottoscrizione dipende da ciò, che, mediante la sottoscrizione, l'autore della scrittura la fa propria, dichiara di conoscere, di approvare e di volere tutto ciò che è indicato nel corpo dell'atto. Di regola non è richiesta alcuna forma rigorosa per la sottoscrizione: è sufficiente che essa risponda ai due requisiti intrinseci, che la costituiscono, che sono: la *genuinità* o *autenticità*, l'essere cioè di mano propria della parte, e la *determinazione specifica* della persona della parte.

Quindi non sono ammessi i mezzi artificiali o meccanici di indicazione (timbri, segni), anche se contengono per disteso il nome e cognome della parte; manca qui la genuinità o autenticità (1). Neppure è ammesso il segno di croce, che non costituisce un'indicazione specifica della personalità della parte; e per la stessa ragione non sono ammesse le sottoscrizioni, in cui è soltanto indicato l'ufficio della parte e non la sua persona (es. il direttore, il cassiere).

Ma, all'infuori di questi due requisiti (autenticità e personalità), la sottoscrizione di regola non richiede alcun vero requisito formale. Vi sono alcuni atti, in cui occorre l'indica-

---

(1) Si veda tuttavia App. Bologna, 13 febbraio 1924 (*Mon. trib.*, 1924, 704).

zione del nome e del cognome o della ditta, per es. nella cambiale: ma è da ritenere che, di regola, una sigla o anche uno pseudonimo, usati come firma, possano valere come sottoscrizione, purchè autentici e personali.

La regola che solo la sottoscrizione deve essere autentica, cioè essere di mano propria dell'autore della scrittura, mentre tutto il resto della scrittura stessa può essere di mano altrui, trova un'eccezione soltanto in diritto civile per la polizza o promessa unilaterale con cui una delle parti si obbliga a pagare una somma di danaro o altra cosa valutata in quantità. La polizza deve essere scritta per intero da chi la sottoscrive, o per lo meno è necessario che questi aggiunga di propria mano un « buono od approvato » indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa (articolo 1325 cod. civile). Affrettiamoci ad aggiungere che in materia commerciale questa disposizione non si applica, e si rientra nella regola generale, per cui solo la sottoscrizione deve essere autentica (codice civile, art. 1325, ultimo capoverso).

Questa regola ci spiega la possibilità di una scrittura privata, in cui la sottoscrizione sia apposta *prima* della formazione del corpo della scrittura; o in altri termini di una *sottoscrizione in bianco*.

Si tratta di un modo di formazione delle scritture private molto usato. Il sottoscrittore, invece di apporre la sua firma dopo la formazione della scrittura, la pone prima, in calce ad un foglio bianco, ed affida il foglio ad altri perchè lo riempia.

Tale modo di formazione delle scritture private si deve ritenere legittimo, perchè nulla vieta di anticipare l'approvazione del contesto della scrittura, che è la funzione propria della sottoscrizione.

Non vi è bisogno, per legittimare il *bianco segno*, di ricorrere ad alcuna teoria speciale, sopratutto non è necessario di ritenere che chi sottoscrive il foglio in bianco intenda di dare a colui, a cui consegna il foglio, un *mandato* (1). In realtà

---

(1) Sulla teoria del mandato e sulle altre con le quali si è cercato di legittimare la sottoscrizione in bianco si consulti: Rocco, *L'emissione di una cambiale in bianco e la sua natura giuridica*, in *Riv. di dir. comm.*, 1905, I, 338.

non vi è qui alcun mandato, vi è soltanto approvazione preventiva e personale fatta, mediante la sottoscrizione, di ciò che sarà contenuto nel corpo della scrittura.

Solamente, perchè quest'approvazione preventiva sia valida, occorre un contenuto, se non determinato, almeno determinabile. Una dichiarazione di volontà senza contenuto non sarebbe concepibile. È necessario pertanto che: o fra il sottoscrittore e il consegnatario del foglio in bianco siano intercorsi patti precisi circa il modo di riempire il foglio, oppure che il sottoscrittore si rimetta al giusto arbitrio del consegnatario. L'arbitrio puro e semplice del consegnatario non sarebbe sufficiente; occorre l'arbitrio temperato dalla giusta valutazione delle circostanze, che si chiama *arbitrium boni viri*.

L'applicazione più importante della teoria della sottoscrizione in bianco si ha nella cambiale, rispetto a cui sono sorte appunto le questioni più gravi (1).

139. La scrittura privata fa piena fede fra le parti *quando è riconosciuta* (art. 1320 codice civile). Perciò colui, contro cui si produce una scrittura privata, deve dichiarare se riconosce la propria sottoscrizione (art. 1321 codice civile). Se ammette di riconoscerla, la scrittura fa piena prova; se tace o nega di riconoscerla, si procede alla verificazione giudiziale della scrittura (art. 1322 codice civile). Si hanno per riconosciute le sottoscrizioni autenticate da notaio.

Malgrado il riconoscimento, è però sempre possibile combattere il contenuto della scrittura (2).

Il riconoscimento attesta solamente l'autenticità dell'atto, ma non già anche l'esattezza del contenuto. Pertanto è sempre possibile, ferma restando l'autenticità dell'atto, dimostrare tutto ciò che tende o a distruggere la validità della

---

(1) Oltre lo scritto citato nella nota che precede, si consulti, sulla cambiale in bianco: Bolchini, *La cambiale in bianco*, in *Studi per* V. Scialoja, vol. II, pag. 760 e seg., e in *Riv. di dir. comm.*, 1905, II, 237; Brunetti, *La cambiale in bianco*, Torino 1908; Bonelli, *Sulla cambiale in bianco*, in *Riv. di dir. comm.*, 1909, I, 353.

(2) Cfr., da ultimo, Cass. del Regno, 24 aprile 1925 (sentenza n. 1180, inedita) (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Scrittura*, n. 1180).

dichiarazione (esempio, per vizio di volontà, incapacità del dichiarante) o ad impugnare la verità di ciò che è dichiarato.

Nè fa ostacolo a questo principio la disposizione dell'art. 1342 del cod. civile, per cui si nega la prova testimoniale contro o in aggiunta al contenuto di atti scritti. Anzitutto l'inammissibilità della prova testimoniale non è assoluta per l'art. 1342, essendovi casi, in cui la prova testimoniale è eccezionalmente ammessa (art. 1348 codice civile); in secondo luogo vi sono anche altri mezzi di prova, come altri documenti, il giuramento, l'interrogatorio, i quali si possono ammettere senza limitazione. Infine in materia commerciale si deroga all'art. 1341 (art. 44 codice di commercio).

Resta fermo pertanto il principio che si può combattere il contenuto di una scrittura privata riconosciuta, e ciò non solo nel caso in cui la scrittura è richiesta *ad probationem*, ma anche nel caso, in cui la scrittura è richiesta *ad substantiam*.

Non sembri strano che possa combattersi il contenuto di una scrittura privata anche quando la scrittura è richiesta *ad substantiam*. Nei negozi formali, che richiedono la scrittura, questa è bensì necessaria per l'esistenza del negozio, ma la sua funzione probatoria non viene per questo meno. In altri termini, nei negozi solenni la funzione della scrittura è duplice: serve a costituire il negozio e a provarlo. Ora, una volta che la presenza del negozio è messa fuori di discussione per la esistenza dello scritto, la questione del valore probatorio della scrittura deve risolversi alla stregua dei principî generali in materia di prova. E perciò deve ritenersi che sia possibile combattere o anche completare la prova risultante dallo scritto. La natura solenne dell'atto influisce certo nel senso che la prova contraria ai risultati della scrittura non può alterare i risultati dello scritto fino al punto da trasformare completamente il negozio, e da sostituire al negozio risultante dallo scritto un altro completamente nuovo e diverso, il quale sarebbe nullo per mancanza di forma. Tuttavia, anche in questo caso, le risultanze della prova contraria, se sono incapaci a porre in essere il negozio effettivamente stipulato, possono, a mio avviso, togliere di mezzo il negozio risultante dallo scritto. Se, infatti, si dimostra che il negozio risultante dal documento non è quello effettivamente stipulato, ne

deriva questa situazione, che il negozio risultante dalla scrittura non ha valore, perchè non fu quello posto in essere dalle parti, e il negozio effettivamente stipulato non ha valore, perchè manca della forma legale.

Ciò non impedisce che, quando la divergenza fra ciò che risulta dallo scritto e ciò che fu effettivamente stipulato sia stata voluta, quando cioè vi fu *simulazione*, il negozio dissimulato, anche se solenne, sia perfettamente valido. Nel caso della simulazione, infatti, le parti vollero porre in essere un certo negozio (negozio dissimulato), ma manifestarono la loro volontà in modo da far risultare dalla scrittura un altro negozio (negozio simulato).

Qui dunque, combattendo le risultanze della scrittura, si viene semplicemente a determinare quale fu la reale volontà delle parti; in sostanza si fa un lavoro d'interpretazione della volontà. Se le parti intesero, con una dichiarazione di volontà, che, secondo il comune significato delle parole, dava l'apparenza del negozio A, stipulare effettivamente il negozio B, si ha in sostanza una dichiarazione di volontà espressa, anzichè in un linguaggio comune, in un linguaggio convenzionale. Ma poichè questo linguaggio, sia pure convenzionale, è rivestito della forma prescritta, esso risponde ai requisiti voluti dalla legge ed è perciò valido. Quindi un contratto solenne dissimulato sotto la veste di un diverso contratto solenne *è valido*, purchè la forma adoperata sia quella prescritta per il contratto dissimulato. Così sarà valida una locazione ultranovennale dissimulata sotto la forma della compravendita e risultante da scrittura privata, perchè la scrittura basta tanto per la compravendita quanto per la locazione. Ma non è valida una donazione che richiede l'atto pubblico, dissimulata sotto l'apparenza di una compravendita, fatta per semplice scrittura privata (1).

---

(1) Si tratta di una vecchia questione, sulla quale la nostra giurisprudenza è stata alquanto incerta. Su di essa e sulla distinzione fra le donazioni vere e proprie e le donazioni indirette, per le quali si ritiene che non sia necessario l'atto pubblico, si veda FERRARA, *Della simulazione nei rapporti giuridici*, 5ª ed., 1922, pag. 183 e seg., e, specialmente, a pag. 119-201, le ampie citazioni di dottrina e di giurisprudenza. Fra le sentenze più recenti sull'argomento vedi: App. Torino, 25 febbraio

140. Per terminare questo tema del valore probatorio della scrittura privata ci rimane da dire qualche cosa sul valore probatorio della *data*. La dichiarazione di volontà contenuta nella scrittura privata ed anche i fatti in essa enunciati, purchè abbiano diretto rapporto colla disposizione (art. 1318 codice civile), si ritengono per veri di fronte a colui, da cui la dichiarazione proviene. Se la scrittura è formata con l'intervento di più persone, la volontà dichiarata e i fatti enunciati si ritengono per veri di fronte a tutti coloro che sono intervenuti nella scrittura. Questo principio è riconosciuto esplicitamente nel codice civile; è riconosciuto all'articolo 1319, che limita gli effetti delle controdichiarazioni fatte per scrittura privata alle parti contraenti e ai loro aventi causa a titolo universale; è riconosciuto dall'art. 1320, che attribuisce piena fede alla scrittura privata fra quelli che l'hanno sottoscritta e i loro successori.

Il principio si applica a tutte le dichiarazioni di volontà e a tutti i fatti enunciati nella scrittura privata, e perciò anche alla data che, come abbiamo visto, si può considerare come parte della dichiarazione di volontà, cioè come un elemento della parte dispositiva.

Quindi la data delle scritture private fa prova nei riguardi delle parti, ma non fa prova nei riguardi dei terzi. Rispetto ai terzi solo l'atto pubblico fa piena fede dell'esistenza della convenzione e dei fatti seguìti alla presenza del pubblico ufficiale, che l'ha ricevuto (art. 1317 cod. civ.), e quindi della verità della data in esso enunciata. Nelle scritture private invece, per accertare la data, occorre un fatto, il quale metta fuori di dubbio la data effettiva della scrittura, cioè il momento in cui essa è stata formata. Secondo l'art. 1327 codice civile, la verità della data si prova:

1° mediante la trascrizione nell'ufficio di registro;

2° mediante un atto steso da pubblico ufficiale che comprovi la sostanza della scrittura;

1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 525); App. Bologna 17 dicembre 1924 (*Diritto comm.*, 1925, 220); Cass. del Regno, 30 giugno 1925 (*Giur. ital.*, 1925, I, 1, 899); e per il caso di donazioni indirette: Cass. del Regno, 27 giugno 1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 1017, con nota di Ascoli).

3° mediante la dimostrazione che colui, o uno di coloro che l'hanno sottoscritta, non ha potuto, per morte o per impossibilità fisica, sottoscrivere la scrittura dopo una certa data;

4° mediante altre prove equipollenti.

In sostanza, secondo il codice civile, non soltanto la prova della verità della data di fronte ai terzi deve essere fornita da chi l'afferma, ma i mezzi di prova consentiti sono tassativamente indicati. Mezzi diversi da quelli elencati nell'art. 1327 non sarebbero ammissibili.

Il codice di commercio nell'art. 55 ha tolto di mezzo questo sistema restrittivo e ha dichiarato esplicitamente che la data, di fronte ai terzi, nelle scritture commerciali può essere accertata con tutti i mezzi di prova; quindi anche con testimonianze e con presunzioni.

Questa larghezza di prove è pure ammessa, quando la scrittura è richiesta *ad solemnitatem* (1), e quindi, a più forte ragione, quando la scrittura è richiesta *ad probationem* (art. 53 codice di commercio). A questa regola fa eccezione il solo caso, in cui la data stessa è richiesta in una scrittura privata a pena di nullità, come, per esempio, nella cambiale (art. 251 codice di commercio). In tal caso la mancanza della data sul documento ne produce la nullità, e non può essere supplita da alcuna altra attestazione.

Il codice di commercio non si limita a facilitare la prova della data di fronte ai terzi, ma giunge sino a presumere la verità della data contenuta in certi documenti. Nelle cambiali e negli altri titoli all'ordine (art. 55, ultimo capoverso) chiunque invoca, come vera, la data indicata nel titolo è dispensato da ogni altra prova. Sono invece coloro che impugnano la verità della data, che devono dare la prova della sua falsità. Lo stesso principio si applica, per espressa disposizione di legge, alla polizza di carico, anche non all'ordine (art. 555-558 codice di commercio).

---

(1) Cfr. Cass. del Regno, 27 gennaio 1925 (*Mon. trib.*, 1925, 242), a proposito della data di un atto di vendita commerciale di immobili; App. Torino, 1° febbraio 1924 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1924, voce *Scrittura*, n. 9).

Il fondamento di questa norma starebbe, secondo autorevoli scrittori (1), in ciò, che per l'art. 284 del codice penale il falso in cambiale e negli altri titoli all'ordine è punito colle stesse pene degli atti pubblici. La maggior tutela penale accordata contro il falso giustificherebbe la presunzione di verità della scrittura. Ma questo ragionamento si basa sopra un equivoco: si confonde, cioè, la falsità della scrittura con la falsità delle indicazioni in essa contenute. Si tratta di due ipotesi diverse di falso: la prima delle quali ha nome di « falso materiale » e la seconda di « falso intellettuale ». Ora il falso intellettuale è punibile solo negli atti pubblici (art. 276 codice penale); non è invece punibile in scrittura privata (art. 280 codice penale). Ma la cambiale non è atto pubblico: non lo è in diritto civile e non lo è neanche in diritto penale, giacchè l'applicabilità, al falso cambiario, della pena stabilita per il falso in atto pubblico, non basta a trasformare la cambiale in un atto pubblico. E, pertanto, l'apporre sopra la cambiale una data non corrispondente a verità non è certamente un reato.

Il fondamento della disposizione dell'art. 55 è diverso. Esso sta nella particolare natura della cambiale, e in genere dei titoli all'ordine, che sono titoli eminentemente letterali. La letteralità, noi sappiamo, importa che il diritto del creditore si misuri strettamente a tenore del titolo, di modo che chi riceve un titolo cambiario sa di dover contare per la determinazione dei suoi diritti su ciò che è scritto sul titolo. E poichè fra le indicazioni del titolo vi è la data, chi riceve il titolo è tenuto ad esercitare il diritto, così come risulta dalla data apposta.

La presunzione dell'art. 55 vale, tanto di fronte al possessore quanto, a più forte ragione, di fronte all'emittente, nei riguardi del quale essa costituisce una dichiarazione di volontà perfettamente valida. Ma che dire di quei casi in cui l'emittente, al momento in cui sottoscrisse, era incapace, e appose alla sua firma una data diversa dalla vera, per fare apparire l'obbligazione come assunta in un momento, in cui esso, invece, era o sarebbe divenuto capace (come, per

(1) VIVANTE, *Trattato*, vol. IV, n. 1584.

esempio, un interdetto che antidati la firma ad epoca anteriore alla sentenza di interdizione, o un minorenne che la postdati all'epoca della sua maggiore età)? In questi casi sussistendo una causa, l'incapacità, che impedisce al sottoscrittore di manifestare validamente la sua volontà in ordine alla determinazione della data, ha egualmente luogo la presunzione di verità della data?

Il dubbio è possibile, perchè la capacità di chi appone la data è una condizione indispensabile per la validità di questa, come dichiarazione di volontà. Ora la *verità* della data presuppone, innanzi tutto, la *validità* della data. In altri termini, si può dire che il problema della *validità* della data come dichiarazione di volontà è *pregiudiziale* a quello della sua corrispondenza alla *verità*.

Tutto ciò è verissimo; ma non basta ancora a giustificare la conseguenza, a cui è giunta, qualche volta, la giurisprudenza, che, cioè, allegata la incapacità del sottoscrittore in un periodo anteriore o posteriore alla data, la presunzione dell'art. 55 cessa, e tocca al possessore dimostrare la verità della data, quale è apposta sul testo (1). Con ciò, in sostanza, si viene a porre una presunzione, che non è nella legge: la presunzione che, quando vi è incapacità antecedente o susseguente alla data, è la falsità della data che si presume.

La verità è, invece, che, per provare la *nullità* della data, non basta provare la incapacità di chi l'appose, bisogna provare, inoltre, che la cambiale fu sottoscritta *durante la incapacità*. Ma ciò è quanto dire che, in questi casi, provare la *null tà* della data equivale a provarne la *falsità*. Si ritorna, pertanto, al principio generale dell'art. 57.

(1) In questo senso: Cass. Torino, 12 giugno 1895 (*Foro ital.*, 1895, I, 1306).

§ 32. Le fatture commerciali.

SOMMARIO: 141. La fattura commerciale considerata come titolo dispositivo. — 142. Efficacia probatoria della fattura contro l'emittente. Sua efficacia probatoria contro il ricevente. Accettazione della fattura. Clausole in essa inserite.

141. La *fattura* è la distinta, per qualità e prezzo, delle cose mobili oggetto dei contratti commerciali (1).

Da ciò deriva:

1° che la fattura deve contenere almeno l'indicazione della qualità, della quantità e del prezzo delle merci, ma che può contenere anche altre indicazioni; di regola anzi essa indica la data, il nome della ditta che la emette, quello della ditta che la riceve, il tempo e il modo del pagamento, ecc.;

2° che la fattura può essere emessa in occasione di qualunque contratto, che dia luogo alla consegna di merci, quindi nella vendita, nel deposito, nel pegno, nel comodato, ecc.

Tuttavia le sue applicazioni più importanti riguardano il contratto di compra vendita; ed è di questo tipo di fattura che ci occuperemo particolarmente.

L'art. 44 non si occupa che del valore probatorio della fattura. Ma bisogna anzitutto domandarsi se la fattura abbia solamente una funzione probatoria o abbia anche altre funzioni, specialmente quella di conferire al ricevente la disponibilità delle merci. Si domanda, in altri termini, se la fattura sia solo un documento probatorio o anche un vero titolo di disposizione.

Esiste nel codice di commercio una disposizione, quella dell'art. 804, primo capov., con cui si parifica la fattura alla polizza di carico e alla lettera di vettura, sia con ammettere la possibilità di una fattura all'ordine e al portatore, sia col riconoscere che l'acquirente di una fattura si trova, rispetto alla rivendicazione delle merci in caso di fallimento del compratore, nelle stesse condizioni dell'acquirente di una polizza di carico o di una lettera di cambio.

---

(1) Cfr. App. Modena, 21 giugno 1910 (*Giur. ital.*, 1910, 901).

Noi sappiamo che la polizza di carico e la lettera di vettura sono titoli di credito, e precisamente di disposizione, vale a dire, titoli, in cui è incorporato il diritto alla riconsegna delle merci in esse indicate. Per questa ragione, chi acquista una polizza di carico o una lettera di vettura, acquista il diritto di ritirare le merci, e perciò il codice di commercio considera la trasmissione di questi titoli come equivalente alla consegna delle merci; tale trasmissione costituisce, in sostanza, una forma di consegna simbolica (articoli 555, 362, 456, 392 e 804 codice di commercio).

Ora, si domanda, ha lo stesso carattere la fattura? È incorporato in essa il diritto di ritirare la merce, in modo che chi acquista, mediante girata o tradizione manuale, la fattura, acquista il diritto di ritirare la merce? L'opinione prevalente è per la negativa e giustamente, a nostro avviso (1).

Infatti vi è una differenza profonda tra la polizza di carico, la lettera di vettura, la fede di deposito da una parte, e la fattura dall'altra. Per ritirare le cose caricate, trasportate o depositate è necessario il possesso della polizza di carico, della lettera di vettura, della fede di deposito. Vi è perciò veramente la connessione fra il diritto e il documento; solo chi ha il documento ha il diritto. Invece, per ritirare le merci elencate nella fattura, non è affatto necessario il possesso della fattura, anzi non vi è nessun rapporto tra la fattura e il possesso delle merci; la fattura può accompagnare le merci; ma può anche essere spedita posteriormente alla consegna.

142. Abbiamo finora parlato della fattura come *titolo di disposizione:* è tempo che ci occupiamo della sua *efficacia probatoria.*

A questo proposito, bisogna distinguere la forza probante della fattura nei riguardi dell'*emittente* e nei riguardi del *destinatario.*

A) La fattura fa prova *contro* l'emittente per il fatto solo della sua emissione, indipendentemente dall'accettazione. Il fondamento giuridico di questa efficacia probante della

---

(1) Si veda in proposito BOLAFFIO, *Comm.*, vol. II, pag. 444.

fattura sta nella *confessione* stragiudiziale in essa contenuta. La confessione riguarda:

a) un precedente contratto concluso tra l'emittente e il destinatario, ovvero la ratifica intervenuta di un contratto concluso fra il destinatario e un rappresentante dell'emittente privo dei necessari poteri;

b) la quantità e qualità delle merci spedite.

In questo caso si applicano le norme riguardanti la confessione (art. 1356 e seguenti cod. civile) (1).

B) La fattura fa prova *contro* il ricevente solo se è stata *accettata*.

L'accettazione può essere espressa o *tacita*.

L'accettazione *espressa* può farsi mediante comunicazione scritta (per lettera o per telegrafo) od orale, e anche mediante la semplice sottoscrizione apposta ad uno degli esemplari della fattura.

L'accettazione *tacita* si desume da atti concludenti, come il ritiro della merce dopo il ricevimento della fattura, o il deposito di essa nei magazzini del destinatario, o la rivendita, o il rilascio di cambiali in pagamento, sempre avvenuti dopo il ricevimento della fattura.

Si discute se possa equivalere ad accettazione tacita il *silenzio*, ossia il semplice comportamento passivo del ricevente. Una giurisprudenza, che fu per lungo tempo prevalente, è d'avviso che colui, il quale riceve la fattura e non protesta, si deve intendere che l'abbia accettata. Non possiamo consentire in questa opinione, perchè il semplice comportamento passivo non può equivalere a dichiarazione di

---

(1) Se si possano tuttavia ravvisare i caratteri di una vera e propria confessione stragiudiziale, e se in particolare siano da applicare integralmente i principî che regolano la confessione circa la revoca, la ritrattazione e l'inscindibilità del contenuto, è controverso. Vi è chi ritiene che la fattura fa prova, ma non necessariamente piena prova, che cioè la prova nascente dalla fattura può essere combattuta; così SEGRÈ, *Della sede del contratto e della fattura accettata*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, II, pag. 953. Altri nega che con l'emissione della fattura l'emittente faccia una testimonianza o una confessione stragiudiziale contro sè stesso, scindibile o inscindibile: BOLAFFIO, *Commento*, vol. I, pag. 346.

volontà, a meno che non sia accompagnato da circostanze tali, da togliere ad esso il suo naturale carattere di equivocità.

Poichè noi consideriamo qui la fattura solo come *mezzo di prova*, è irrilevante che essa si riferisca esattamente al contratto già concluso, o contenga *clausole nuove*. La esistenza e la validità così dell'uno come delle altre è un problema affatto distinto da quello del valore probatorio della fattura, e deve risolversi secondo i principî generali che regolano la conclusione dei contratti.

Così le clausole nuove, introdotte nella fattura, sono, per l'emittente, semplici *proposte*, che vincoleranno, secondo le norme generali dell'art. 36, quando vi sia l'accettazione, e questa sia giunta a notizia del proponente, salvo i casi in cui l'art. 36 ammetta che il contratto si perfezioni con l'inizio dell'esecuzione. Egualmente, queste proposte vincolano il ricevente solo quando egli le abbia *accettate*, sempre secondo i principî dell'art. 36. Pertanto l'accettazione di una fattura che contenga nuove clausole, ha un effetto di diritto sostanziale ed uno di diritto probatorio; essa perfeziona un nuovo contratto e ne costituisce la prova (1).

---

(1) Questo tema della fattura commerciale ha dato luogo a numerosissime sentenze e ad una copiosa letteratura, specialmente in rapporto alle clausole, di solito a stampa, che spesso sono inserite nelle fatture. Queste clausole, che hanno dato frequentemente occasione a contestazioni, riguardano o il luogo del pagamento presso il venditore, o deroga alla competenza territoriale, o termine speciale di decadenza per reclami, ecc. Fu ritenuto spesso — e per un certo tempo costituì questo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente — che la mancanza di protesta del destinatario, specialmente se questi avesse ricevuto la merce, valesse come accettazione di tutte le clausole inserite nella fattura. Ma questa conclusione fu giustamente combattuta, con l'argomento che l'inserzione nella fattura di clausole non concordate precedentemente non può valere che quale proposta, come diciamo nel testo. Secondo alcuni scrittori l'obbligatorietà delle clausole non concordate si fonderebbe sopra un uso commerciale, in forza del quale la semplice inerzia di una parte, di fronte alla esplicita dichiarazione dell'altra parte, diretta a regolare il rapporto in una delle modalità accessorie, equivarrebbe ad accettazione. Ma è chiaro che questo uso, se esistesse, sarebbe contrario alla legge commerciale (art. 36), e quindi non avrebbe efficacia. Altri distingue tra le clausole accessorie riferentisi alla esecuzione del contratto, le quali si dovrebbero considerare accettate, non già per mancanza di

§ 33. La corrispondenza.

SOMMARIO: 143. Efficacia probatoria della corrispondenza. Copia della corrispondenza riprodotta nel copialettere. — 144. Efficacia probatoria del telegramma. Il telegramma e il dispaccio. Prova della data e della provenienza. Presunzione di conformità tra il telegramma e il dispaccio. Presunzione della provenienza e della verità della data. — 145. Telegramma con menzione di sottoscrizione autenticata da notaio. Efficacia costitutiva dell'atto. — 146. Difformità tra l'originale e il telegramma. Effetti. Risarcimento dei danni per errori o ritardo.

143. *La corrispondenza* è costituita dalle lettere, dalle cartoline e dai telegrammi, spediti e ricevuti; essa deve essere dal commerciante conservata, secondo quanto dispone l'articolo 21 codice di commercio.

L'originale della corrispondenza è una scrittura privata: si applicano ad essa tutte le norme concernenti l'efficacia

---

protesta o per semplice inerzia, ma per la effettiva cooperazione data dal destinatario alla esecuzione del contratto; mentre le clausole aggiunte nella fattura, le quali si discostassero sostanzialmente da quelle pattuite, richiederebbero una espressa accettazione (BOLAFFIO, *Comm.*, vol. II, pag. 353 e 354). Questa distinzione non sembra ammissibile: se e in quanto trattisi di clausola nuova, che come tale dovrebbe vincolare i contraenti, la necessità dell'accettazione, espressa o tacita secondo la norma dell'art. 36, non può essere disconosciuta. Che se poi la clausola si limitasse ad enunciare puramente e semplicemente norme usuali, come tali integrative del contratto nel silenzio delle parti, la forza vincolativa di tali norme non deriverebbe più dalla inserzione della clausola nella fattura, ma dall'esistenza dell'uso che per legge integra i patti contrattuali. Ciò è evidentemente estraneo al tema della forza obbligatoria o semplicemente probatoria della fattura accettata. Una clausola di tal natura sarebbe, secondo il BOLAFFIO, quella che ha dato luogo alla maggior parte delle controversie. Si tratterebbe della clausola del pagamento presso il debitore; l'uso commerciale avrebbe derogato alla disposizione del codice civile, secondo la quale il pagamento deve farsi presso il debitore e perciò, in materia commerciale, salva contraria convenzione, il pagamento dovrebbe essere eseguito presso il venditore. La clausola inserita nella fattura in questo senso non farebbe quindi che riferirsi ad un uso. Ma, in verità, in materia commerciale l'esistenza di

probatoria e costitutiva delle scritture private. Anche i contratti solenni, per cui sia sufficiente la scrittura privata, possono farsi per corrispondenza, quando questa costituisce una scrittura privata in senso proprio, porti cioè la sottoscrizione del mittente (1). Dal punto di vista dell'efficacia probatoria, può far fede anche la corrispondenza non sottoscritta, purchè si possa provare che la lettera proviene dalla persona, a cui viene opposta.

Ma la particolarità dell'efficacia probante della corrispondenza sta in ciò, che fa prova non solo l'*originale* della corrispondenza, bensì anche la *copia* riprodotta nel *copialettere*, e fa prova non solo *contro*, ma anche *in favore* del commerciante, secondo le norme concernenti i libri di commercio (art. 50), di cui uno appunto è il copialettere (2).

Il copialettere fa prova del *contenuto* delle lettere e dei telegrammi in esso trascritti, non già della *spedizione* e del *ricevimento*. Queste circostanze debbono essere provate separatamente: quando sia stata provata la spedizione e il ricevi-

---

un uso generale in questo senso può apparire assai dubbio. Il fatto stesso che le maggiori controversie sulla efficacia vincolativa delle clausole inserite nelle fatture e sull'accettazione di esse siano state occasionate precisamente dalle dette clausole rende per lo meno discutibile l'esistenza dell'uso a cui il Bolaffio si richiama. Tra i numerosi scritti sull'argomento della fattura sono da ricordare principalmente: Sraffa, *L'accettazione delle fatture e il silenzio*, in *Rivista di dir. comm.*, 1903, I, 27, e 1904, II, 326); Pagani, *Le fatture accettate col silenzio* (*Ivi*, 1908, II, 475); Carnelutti, *Sull'efficacia delle clausole non accettate contenute nelle fatture commerciali* (*Ivi*, 1915, II, 1); Barrault, in *Annales de droit commercial*, 1913, 347. Una vasta rassegna della numerosa giurisprudenza sull'argomento è fatta dall'Osilia, in *Riv. di dir. comm.*, 1925, 10-12. La giurisprudenza più recente è, in generale, nel senso indicato nel testo. Che l'accettazione possa essere anche tacita non è discutibile; ed è essenzialmente un giudizio di fatto quello sull'accettazione: Cassazione del Regno, 9 e 25 maggio 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Fattura*, n. 6 e 7).

(1) Ricordiamo che nè la contestualità, nè la contemporaneità delle sottoscrizioni sono requisiti necessarî per la scrittura privata (v. *retro*, n. 137).

(2) L'efficacia probatoria della corrispondenza varia secondo che sia diretta all'altra parte ovvero a un terzo: in questo secondo caso essa costituisce un semplice indizio, secondo i principî che regolano la confessione stragiudiziale (art. 1358 cod. civ.): Cass. del Regno, 10 aprile 1926 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 685).

mento di una lettera, che possa essere individuata come quella trascritta nel copialettere, questo fa prova senz'altro del suo preciso tenore.

Una trattazione a parte, nella corrispondenza, meritano i *telegrammi*.

144. Ai telegrammi il codice dedica gli art. 45, 46 e 47.

Telegramma, nel senso proprio della parola, è lo scritto che viene rimesso al destinatario dall'ufficio telegrafico d'arrivo, mentre *originale del telegramma* o *dispaccio* è lo scritto, che il mittente consegna all'ufficio di partenza.

Il telegrafo essendo un mezzo di trasmissione della dichiarazione di volontà del mittente, il telegramma può, senza difficoltà, considerarsi una *copia* dell'originale depositata nell'ufficio di partenza. Copia *indiretta* in molti sistemi di telegrafia, giacchè l'ufficio d'arrivo compila il telegramma non sull'originale, bensì sui segni, quali li trova trasmessi dall'ufficio di partenza, ma copia, perchè, alla sua volta, l'ufficio di partenza riproduce nei segni l'originale che gli fu consegnato. In sostanza, il telegramma si può in questi casi definire la *copia di una copia*. Nei più recenti sistemi di telegrafia, nei quali la macchina ricevente stampa direttamente, su apposita striscia, il telegramma, che viene recapitato al destinatario, questo è pur sempre una *copia* fatta e trasmessa, dall'ufficio trasmittente, del dispaccio consegnatogli. Ora è chiaro che il valore di una copia dipende: 1° dal valore dell'originale; 2° dalla fedeltà della copia.

Secondo i principî generali, pertanto, chi riceve un telegramma e vuol valersene come mezzo di prova, dovrebbe provare: 1° che l'originale è esso stesso un idoneo mezzo di prova; 2° che la copia riproduce fedelmente l'originale. La legge, nell'art. 45, viene in soccorso del destinatario del telegramma, stabilendo che, quando egli possa provare che l'originale è stato sottoscritto dal mittente o è stato da lui consegnato o fatto consegnare all'ufficio di partenza, il telegramma fa, senz'altro, prova come scrittura privata.

Questa disposizione è stata interpretata in tre modi.

Vi è stato chi ha sostenuto essere la prova non solo della sottoscrizione o della consegna dell'originale, ma anche della

conformità del telegramma all'originale, interamente a carico del destinatario. La facilitazione consisterebbe solo nell'equiparare alla scrittura privata il dispaccio o originale non sottoscritto, ma semplicemente consegnato o fatto consegnare dal mittente.

Secondo un'altra opinione, provata la sottoscrizione o la consegna, la conformità sarebbe senz'altro presunta, e con una presunzione *iuris et de iure*, non suscettibile cioè di prova contraria (1).

Secondo una terza opinione, che noi accettiamo, provata la sottoscrizione o la consegna, la conformità del telegramma all'originale viene presunta con una presunzione *iuris tantum*. Infatti, con la perfezione tecnica raggiunta dai mezzi di trasmissione telegrafica, le cause di errore di riproduzione sono ridotte al minimo. Si giustifica pertanto perfettamente la presunzione di conformità del telegramma all'originale, che è basata sopra una effettiva probabilità. Non si giustificherebbe, invece, una presunzione assoluta, per cui si finirebbe per dare la prevalenza, come dichiarazione di volontà del mittente, al telegramma in confronto del dispaccio.

Questa opinione è altresì giustificata dal testo della legge, la quale dice appunto che, provata la sottoscrizione o la consegna, il telegramma fa, senz'altro, *prova come scrittura privata*, escludendo che occorra qualche altra cosa perchè il telegramma spieghi la sua efficacia probatoria.

Stabilita, dunque, per via di prova, data dal destinatario, la provenienza dell'originale dal mittente, e, per via di presunzione (2), la conformità del telegramma all'originale, il telegramma *fa prova come scrittura privata*.

---

(1) Vighi, *La teoria dell'affidamento e l'articolo 46 del codice di commercio.*

(2) L'esistenza di questa presunzione è negata dal Coppa-Zuccari, *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, n. 128 e 129, seguìto da Navarrini, *Trattato*, vol. V, n. 2128 e 2129, i quali ritengono che anche la conformità del telegramma al dispaccio deve essere provata dal destinatario. Ma giustamente osserva in contrario il Vivante, *Trattato*, vol. IV, n. 1611, nota 174, che, attribuendo efficacia giuridica esclusivamente al dispaccio, si toglie alle disposizioni degli art. 45 e 47 del codice ogni ragione di essere.

Ciò significa che il telegramma, sebbene non porti mai la sottoscrizione del mittente, è dalla legge equiparato alle scritture private in senso proprio o ristretto.

L'art. 45 stabilisce che il telegramma fa prova come scrittura privata; ciò vuol dire che esso ha solo il *valore probante*, non anche il *valore costitutivo* delle scritture private. Esso quindi non può servire a porre in essere negozi giuridici, per cui è chiesta la scrittura *ad substantiam* (1).

Il primo capoverso dell'art. 45 aggiunge che « se la sottoscrizione dell'originale è autenticata da notaio, si applicano i principî generali; se l'identità della persona che ha sottoscritto o consegnato l'originale fu accertata con altri modi stabiliti dai regolamenti telegrafici, è ammessa la prova contraria ».

La prima parte di questa disposizione potrebbe far credere che, quando l'autentica notarile risulta dal telegramma, la sottoscrizione dell'originale si ammette come vera fino a querela di falso. Ma si tratterebbe di una illazione eccessiva. Il telegramma non è opera del notaio, ma dell'ufficiale telegrafico; l'attestazione dell'esistenza dell'autentica è dunque perfettamente contestabile senza querela di falso: basta impugnarla, e dare, in qualunque modo, la prova della sua falsità. Ma, se l'attestazione risulta vera, la verità della sottoscrizione dell'originale rimane provata fino a querela di falso. Quando dunque il telegramma recapitato al destinatario reca l'attestazione dell'ufficio telegrafico che la sottoscrizione dell'originale è autenticata da notaio, nasce la presunzione della esistenza nell'originale dell'autentica, e conseguentemente l'altra presunzione dell'autenticità della firma, che non si può vincere, se non con la querela di falso.

La seconda parte del primo capoverso dell'art. 45 stabilisce la presunzione di legittima provenienza, anche nel caso, in cui la identità del mittente sia accertata nei modi stabiliti dai regolamenti telegrafici. Si tratta anche qui di una presunzione *iuris tantum*, che può essere combattuta con ogni mezzo di prova.

---

(1) Quanto è detto nel testo vale per il *telegramma*. Il *dispaccio* invece, quando rivesta i caratteri di una vera scrittura privata, ha anche il valore costitutivo di questa (VIVANTE, *Trattato*, IV, n. 1617).

Un'ultima presunzione legale è stabilita dal secondo capoverso dell'art. 45, per cui la data, che risulta dal telegramma come data di spedizione o di arrivo negli uffici telegrafici, si presume vera sino a prova in contrario.

Si tratta, in sostanza, di una ulteriore estensione della presunzione, per cui, accertata la provenienza del telegramma del mittente, si presume la conformità del telegramma all'originale o dispaccio. La data, infatti, è un elemento dell'originale; se la data del telegramma si presume vera, ciò implica che essa si presuma corrispondente a quella dell'originale.

145. In questa materia del valore giuridico del telegramma come riproduzione del dispaccio, una disposizione assai oscura è quella dell'art. 47, il quale aggiunge che «nelle materie commerciali, il mandato e qualunque dichiarazione di consenso, anche giudiziale, trasmessi per telegramma con sottoscrizione autenticata da notaio, secondo le disposizioni dei regolamenti telegrafici, sono validi e fanno prova in giudizio».

La coordinazione tra questo articolo e il primo capoverso dell'art. 45 non è facile. Per l'art. 45 già, quando l'originale è autenticato da notaio, e la menzione dell'autentica è riprodotta nel telegramma, l'autenticità della firma si presume fino a querela di falso. Che cosa aggiunga a questa disposizione l'art. 47 non si sa. Anzi l'inciso «nelle materie commerciali» costituirebbe, di fronte all'art. 45, una limitazione, giacchè l'art. 45, come è pacifico, si applica anche nelle materie civili, essendo una di quelle disposizioni, come l'art. 36, scritte per occasione, nel codice di commercio, ma che sono applicazioni e sviluppi di principî generali del diritto privato.

In sostanza, quella dell'art. 47 appare una distinzione per lo meno superflua. La spiegazione migliore che sia stata data dell'inserzione di questo articolo nel codice di commercio è quella, secondo la quale con l'art. 47 si è voluto dare al telegramma autenticato oltre che l'efficacia *probante*, di cui già si occupa l'art. 45, anche l'efficacia *costitutiva*, che per l'art. 45 è esclusa (1). Abbiamo già veduto che, con l'art. 45, il legislatore

(1) Cfr. Coppa-Zuccari, *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, Roma 1900, n. 12 e seguenti.

ha attribuito al *telegramma*, benchè sia opera dell'ufficiale telegrafico e non della parte, lo stesso valore *probatorio* di una scrittura privata, ma non gli ha dato anche l'efficacia *costitutiva*, la possibilità cioè di dar vita a negozi giuridici per cui sia richiesta la scrittura *ad solemnitatem*. Questa efficacia viene attribuita al telegramma dall'art. 47, quando l'originale o dispaccio porti l'autentica del notaio. Ciò si desume anche dalla diversa locuzione usata nei due articoli. Mentre l'art. 45 dice che il telegramma *fa prova come scrittura privata*, l'art. 47 dice che il telegramma *è valido* e *fa prova*.

146. La distinzione fra *telegramma* e *originale* o *dispaccio*, per cui il telegramma consegnato al destinatario non deve considerarsi che come la copia dell'originale, importa che decisivo, per l'efficacia giuridica del telegramma, sia il tenore dell'originale e non quello della copia recapitata al destinatario. Il dispaccio e non il telegramma contiene la dichiarazione di volontà del mittente (1). In caso dunque di difformità tra l'originale e il telegramma, non vi sarà una valida dichiarazione di volontà, perchè la dichiarazione pervenuta al destinatario non è quella voluta dal mittente, e quella effettivamente voluta dal mittente non è giunta al destinatario.

In questa ipotesi nasce il dubbio se si tratti di un caso di divergenza tra volontà e dichiarazione, oppure di un caso di dichiarazione di volontà non perfezionata. La distinzione è importante, perchè, se si tratta di vizio della dichiarazione di volontà, il disaccordo tra volontà e dichiarazione non produce nullità, quando è dovuto a *colpa* del dichiarante, mentre, se si tratta di dichiarazione incompleta, la nullità vi è sempre, salvo il risarcimento dei danni, quando la dichiarazione giunga alterata al destinatario, per colpa del mittente.

Noi crediamo che non si possa parlare di divergenza tra volontà e dichiarazione, perchè il telegramma non è un *mezzo di manifestazione* della volontà del mittente, bensì un mezzo di *trasmissione* della volontà già dichiarata nell'originale o dispaccio. Per conseguenza, anche nel caso di errore

(1) Segrè, *Comm.*, all'art. 46, n. 4.

di trasmissione avvenuto per colpa del mittente, non si avrà mai la validità della dichiarazione errata contenuta nel telegramma, ma solo il risarcimento dei danni a carico del mittente, quando i danni vi siano e vi sia la colpa del mittente.

In questo senso infatti sembra aver risoluto il problema l'art. 46 cod. di comm., il quale stabilisce che «in caso di errori o di ritardi nella trasmissione dei telegrammi, si applicano i principî generali intorno alla colpa; ma il mittente di un telegramma, se abbia curato di farlo collazionare o raccomandare secondo le disposizioni dei regolamenti telegrafici, si presume esente da colpa».

In virtù di questa disposizione il risarcimento del danno deve essere prestato da quello fra i soggetti che intervengono nella trasmissione telegrafica, mittente, Amministrazione telegrafica, destinatario, al quale deve farsi risalire la *colpa* dell'errore o del ritardo, colpa che deve essere rigorosamente provata secondo le norme del diritto comune.

Quanto all'Amministrazione telegrafica, alla quale, nella maggior parte dei casi, è imputabile l'errore o il ritardo, essa è stata esonerata da ogni responsabilità da una serie di disposizioni regolamentari, ribadite dalla legge 7 aprile 1892, n. 184, sui telefoni (art. 23) (1), che estese espressamente l'irresponsabilità dello Stato pel servizio telefonico anche al servizio telegrafico, togliendo così di mezzo ogni dubbiezza che potesse esservi per l'innanzi circa la costituzionalità delle precedenti norme regolamentari. In tal modo oggi, qualunque sia la colpa dell'Amministrazione, ogni responsabilità è esclusa, e il danneggiato può chiedere solamente il rimborso della tassa pagata o l'indennità fissa, se il telegramma è stato raccomandato. La responsabilità intera sussiste solo nel caso di dolo. Nè si può ammettere che, esclusa la responsabilità dell'Amministrazione, resti la responsabilità personale degli impiegati colpevoli di errore o del ritardo. A parte la nessuna rilevanza pratica di una simile responsabilità, è certo che qui si tratta di colpa contrattuale, di colpa per inadempimento di obbligazioni, e pertanto dell'inadempimento non può

(1) Vedi ora testo unico, 3 maggio 1903, n. 196, art. 32 e 33, e regolamento 21 maggio 1903, n. 953, art. 103.

rispondere, se non chi ha assunto l'obbligazione, quindi nel caso nostro lo Stato, non l'impiegato.

Esclusa la responsabilità dell'Amministrazione, rimane quella del mittente o del destinatario, secondo che l'uno o l'altro è in colpa. La colpa del mittente può consistere nell'aver male compilato il dispaccio, nell'avergli dato un indirizzo inesatto o incompleto, nell'averlo presentato troppo tardi all'ufficio telegrafico, ecc. La colpa del destinatario può consistere nel non aver chiesto la rettifica di un telegramma ambiguo od incompleto, nel non aver lasciato il proprio indirizzo, nel non aver pagato le sovratasse, a cui era subordinata la consegna del telegramma. La colpa deve essere giudicata secondo la diligenza media di un buon commerciante, senza richiedere una diligenza speciale od eccessiva.

Quando l'errore od il ritardo dipendono da colpa dell'Amministrazione, esso costituisce di fronte al mittente e al destinatario *caso fortuito* e ciascuno sopporta il danno che ha ricevuto.

La colpa del mittente *si presume* esclusa, quando egli abbia fatto collazionare o raccomandare il telegramma. Il collazionamento del telegramma consiste nel farlo ripetere immediatamente dall'ufficio di destinazione, con l'intervento degli uffici intermedî, che cooperarono alla trasmissione. Contro la presunzione di irresponsabilità è ammessa, s'intende, la prova contraria.

§ 34. I libri commerciali e le note dei mediatori.

Sommario: 147. I libri commerciali. Obbligo della tenuta dei libri. Le varie specie di libri. Prescrizioni sulla regolare tenuta dei libri. — 148. Forza probante dei libri di commercio. Generalità. Efficacia probatoria a favore di chi li ha tenuti. Estremi e limiti. — 149. Efficacia probatoria dei libri contro chi li ha tenuti. — 150. Note o libri dei mediatori e loro forza probante. Libri speciali dei mediatori. Forza probante nei rapporti tra mediatore e le parti; nei rapporti tra le parti. — 151. Procedimento per far valere in giudizio la forza probante dei libri di commercio. Esibizione e comunicazione: differenza, forme. Sanzioni nel caso di rifiuto di produzione dei libri.

147. I libri di commercio sono i registri, in cui i commercianti annotano i loro affari, da varî punti di vista e in modo più o meno minuzioso e particolareggiato. Anche i privati

sogliono tenere libri, dove registrano i movimenti della loro azienda domestica. La differenza tra i libri dei commercianti e i libri dei non commercianti sta in ciò: che la tenuta dei primi è *obbligatoria*, mentre la tenuta dei secondi non lo è affatto; e che i libri dei commercianti hanno una *forza probante* che manca ai libri dei non commercianti.

A) *Obbligo della tenuta dei libri.* — L'obbligo della tenuta dei libri è imposto nell'interesse del commerciante, perchè egli possa essere al corrente dei proprî affari, della propria situazione patrimoniale, e trarre da essa una prova dei suoi diritti; nell'interesse di chi contratta con lui perchè possa fondarvi le sue difese; ma, sopratutto, nell'interesse pubblico, perchè nel caso di fallimento si possa ricostruire con precisione la serie delle operazioni compiute, conoscere la consistenza vera del patrimonio e scoprirne le simulazioni e le sottrazioni (1). Anzi, il fondamento dell'obbligo della tenuta dei libri è proprio questo, tanto è vero che le *sanzioni* dell'obbligo si applicano unicamente in caso di fallimento. Il commerciante fallito, che non ha tenuto regolarmente i suoi libri, è, per ciò solo, colpevole di bancarotta (art. 856, n. 5, e 857, n. 1, 859 cod. di comm.) (2).

L'obbligo di tenere i libri incombe ad ogni commerciante, anche al piccolo commerciante, anche al commerciante girovago, anche all'analfabeta, che, non potendo tenere personalmente i suoi libri, dovrà incaricarne altri.

I libri, la cui tenuta è *obbligatoria*, sono:

1° il *libro giornale* (art. 21 cod. di comm.), nel quale il commerciante deve notare distintamente, *giorno per giorno*, tutte le operazioni del suo commercio, e tutto ciò che riceve o paga per qualsivoglia titolo, commerciale o civile. Devono

---

(1) Così Vivante, *Trattato*, vol. I, n. 156.

(2) Questa sanzione non colpisce il piccolo commerciante, quello cioè di cui le passività non superano le lire cinquemila, avendo la legge 24 maggio 1903, n. 197, soppressa nei piccoli fallimenti l'azione penale per bancarotta semplice (art. 38, capov.). Ma ciò non esclude l'obbligo che, come diciamo nel testo, anche il piccolo commerciante ha di tenere i libri. Se la sanzione si applichi anche agli amministratori di società è controverso: vedasi in senso opposto: Vivante, in *Riv. di dir. comm.*, 1904, II, 540, e Bolaffio, *Comm.*, vol. I, pag. 708, nota 2.

essere annotate anche le spese, che il commerciante fa per la sua famiglia, ma basta che siano annotate in una cifra comprensiva, *mese per mese*. Le grandi aziende, che non possono registrare in un solo libro tutte le loro operazioni, dividono il giornale in tante sezioni, quanti sono i rami dell'azienda generale, e riassumono poi i risultati in un giornale complessivo. I varî libri speciali costituiscono, nel loro insieme, il libro giornale prescritto dalla legge: il libro riassuntivo non è il vero libro giornale voluto dall'art. 21, è un libro ausiliario, meramente facoltativo;

2° il *libro degli inventari* (art. 22 cod. di comm.). L'inventario è la descrizione, che, alla fine d'ogni anno, il commerciante deve fare dello stato del suo patrimonio. In questa descrizione il commerciante deve indicare tutti i suoi beni, mobili ed immobili, tutti i suoi debiti e crediti, di qualunque natura e provenienza. I beni sono quelli *realmente esistenti* e stimati al *loro giusto valore alla data dell'inventario*. I crediti si annoteranno al loro valore nominale, se sono rimanenze esigibili, altrimenti si annoteranno con una congrua detrazione; se sono inesigibili non si annoteranno affatto. L'inventario deve essere rinnovato *ogni anno*, e trascritto in un registro apposito o anche nel libro giornale, come accade per le piccole aziende, che premettono all'inizio delle registrazioni di ciascun anno la descrizione dello stato patrimoniale. È necessario che l'inventario sia fatto annualmente, non che vi sia un libro apposito per gli inventarî. All'inventario deve seguire il *bilancio*, in cui si riassume il passivo e l'attivo dell'azienda e il *conto dei profitti* e *delle perdite*, che è un conto, dove gli affari sono classificati sommariamente dal punto di vista degli utili e delle perdite che hanno prodotto;

3° il *copialettere* (art. 21, capov. cod. di comm.). Il copialettere contiene la riproduzione a mano o meccanica di tutte le lettere e di tutti i telegrammi, che il commerciante spedisce;

4° i *fascicoli della corrispondenza in arrivo* (art. 21, capov. cod. di comm.), che raccolgono tutte le lettere e tutti i telegrammi, che il commerciante riceve.

Oltre i libri obbligatorî, il commerciante *può* tenere dei libri *facoltativi* od *ausiliari:* e, nel fatto, tutte le aziende bene ordinate li tengono.

Tra i libri ausiliarî i più importanti sono:

1° il *libro mastro*, in cui vengono riportate *sistematicamente* le annotazioni, che nel libro giornale si fanno *cronologicamente;* ogni corrispondente vi ha un conto speciale, col rispettivo *dare* ed *avere;*

2° lo *scadenzario*, in cui si tien conto delle scadenze cambiarie attive e passive;

3° il *libro-magazzino*, in cui si tien conto del movimento delle merci;

4° il *libro-cassa*, in cui si tien conto delle somme pagate e riscosse, ecc.

Perchè i libri possano dirsi *regolarmente tenuti*, occorre:

1° che essi siano *preventivamente vidimati* (art. 23 cod. di comm.). La vidimazione si fa da un giudice del tribunale o dal pretore, e, nei luoghi dove non risiede il pretore, da un notaio. Il libro giornale e il libro degli inventarî vengono numerati e firmati foglio per foglio, dichiarandosi nell'ultima pagina il numero dei fogli di cui il libro consta, con la sottoscrizione del magistrato o del notaio. Il copialettere deve essere firmato in fine con la dichiarazione del numero dei fogli che contiene.

Nei tribunali si deve tenere un registro, in cui sono notati i nomi dei commercianti, che hanno presentato i libri, la natura di questi, e il numero dei fogli firmati; i pretori che hanno firmato o vidimato i libri, debbono trasmettere la nota ogni anno al tribunale; e lo stesso debbono fare i notai (art. 24 codice di commercio).

2° *che i libri siano tenuti nel modo prescritto dalla legge* (art. 25 codice di commercio). La legge non prescrive alcun metodo speciale di contabilità, quindi non è obbligatoria neppure la partita doppia. I libri debbono, invece, essere tenuti per ordine di data, senza spazî in bianco, senza interlinee e senza trasporti in margine. Non vi si debbono fare abrasioni, che rendano illeggibile una scritturazione già fattavi. Ove debba farsi qualche cancellatura, questa deve eseguirsi in modo che le parole cancellate restino tuttavia leggibili.

I libri debbono essere conservati per dieci anni dall'ultima sottoscrizione, cioè per una durata eguale a quella della prescrizione ordinaria in materia commerciale (art. 26).

148. B) *Forza probante dei libri di commercio* (art. 48-52 codice di commercio).

I libri di commercio obbligatorî regolarmente tenuti hanno una speciale forza probante; in eccezione al principio generale, per cui nessuno può creare una prova a proprio vantaggio, i libri commerciali fanno prova non solo *contro* chi li ha tenuti, ma anche *a favore* di chi li ha tenuti. Mentre infatti gli art. 1329 e 1330 codice civile stabiliscono che i libri dei commercianti fanno fede contro di essi, e che i registri e le carte domestiche fanno fede contro chi li ha scritti, gli art. 48 e 49 codice di commercio stabiliscono che i libri di commercio fanno prova fra commercianti e in materia di commercio, anche a favore di chi li ha tenuti. Invece, *tutti i libri di commercio, anche i non obbligatorî,* anche quelli irregolarmente tenuti, fanno prova *contro* chi li ha tenuti, qualunque sia la causa, in cui sono invocati.

1° *Efficacia probante a favore di chi ha tenuto i libri* (art. 48 e 49). Il fondamento dell'efficacia probatoria speciale dei libri di commercio a favore del commerciante che li ha tenuti sta nella continuità cronologica delle registrazioni, che garantisce contro le alterazioni successive a quelle già registrate, e la loro corrispondenza nei diversi libri, che permette un reciproco controllo.

Le condizioni richieste dalla legge perchè i libri possano far prova a favore di chi li ha tenuti sono:

a) *che si tratti di libri obbligatori;* i libri facoltativi non godono di questa speciale forza probante, come si desume *a contrario* dall'art. 49;

b) *che i libri siano regolarmente tenuti*, cioè regolarmente vidimati e tenuti secondo le norme dell'art. 25. Quando, in qualche scritturazione, siano violate le regole poste dall'articolo 25, la irregolarità *locale* non infirmerà che la scritturazione irregolare, non già la regolarità *generale* del libro e la sua generale forza probante. Non è necessario, perchè il libro sia regolarmente tenuto, che le scritturazioni siano fatte personalmente dal commerciante; le annotazioni fatte dal commesso o dall'impiegato, che tiene la contabilità hanno effetto come se fossero scritte dal principale (art. 48, capov., cod. di commercio). Si discute se dal libro irregolare si possa desumere

almeno un principio di prova a favore del commerciante. Noi crediamo che nessuna efficacia in questo senso si possa attribuire al libro irregolare, perchè in esso vengono meno quei presupposti, che stanno a base della speciale forza probante dei libri di commercio. Neanche si può ammettere che da un libro irregolare si possano trarre presunzioni a favore del commerciante, altrimenti si verrebbe, per via indiretta, mediante la prova congetturale, ad attribuire al libro irregolare quella fede, che il legislatore espressamente gli ha negato. Questa regola vien meno solo in materia di fallimento (art. 49), nella qual materia è concesso al giudice delegato nel procedimento di verificazione dei crediti, facoltà di trarre elementi probatori, anche a favore del fallito, dai suoi libri irregolarmente tenuti (cfr. art. 761 codice di commercio). Ciò perchè i libri vengono immediatamente sottratti al fallito (art. 737 codice di commercio) e quindi ha minor valore il sospetto che la irregolare tenuta abbia offerto facile mezzo ad iscrizioni o ad alterazioni fraudolente (1);

c) *che si tratti di una controversia fra commercianti.* Se una delle parti non è commerciante, non si applica il principio degli art. 48 e 49, ma la norma dell'art. 1328 codice civile, per cui i libri dei commercianti non fanno fede delle somministrazioni, che vi sono registrate contro le persone non commercianti, ma il giudice è autorizzato a deferire d'ufficio il giuramento all'una o all'altra parte (2). È stato sostenuto che i libri dei commercianti fanno prova a loro vantaggio, anche se l'altra parte non è commerciante, in forza dell'art. 54. Ma la norma *generale* dell'art. 54 viene meno di fronte a quella *specifica* dell'art. 48, che esige espressamente la qualità di commerciante in ambedue i litiganti;

d) *che si tratti di una controversia in materia commerciale.* Se la controversia dipende da un atto che è commerciale *per ambedue le parti*, nessun dubbio. Il dubbio sorge quando l'atto è commerciale per una sola delle parti. Si tratterà di un caso raro, perchè essendo ambedue le parti commercianti, tutti i loro atti saranno coperti dalla presunzione di commer-

(1) Segrè, art. 49 n. 13.

(2) Cfr. Cass. Roma, 26 ottobre 1908 (*Giur. ital.*, 1908, I, 1, 1009).

cialità dell'art. 4. Ma è un caso che può verificarsi, quando sia fornita la prova contraria, di cui all'art. 4. In questa ipotesi, noi crediamo che l'art. 49 debba tuttavia applicarsi, perchè si versa, a termini dell'art. 54, in *materia commerciale*. Per l'art. 54, infatti, è materia commerciale anche il *rapporto misto*, commerciale per una parte e civile per l'altra (1).

Concorrendo questi quattro requisiti, i libri di commercio possono fare prova *anche a favore di chi li ha tenuti*.

L'efficacia probatoria di ogni libro ha un limite, che si desume dalla funzione del libro stesso: così, per esempio, il copia-lettere, che stabilisce il fatto e i termini della corrispondenza intercorsa tra le parti, servirà a provare la *conclusione* del contratto; mentre il libro giornale, che segna giorno per giorno le operazioni del commerciante, servirà a provare la sua *esecuzione*.

L'efficacia dei libri di commercio a favore del commerciante è puramente *probatoria*, mai *costitutiva;* ciò si desume letteralmente dalla dizione degli art. 48 e 49. Per conseguenza, i libri non possono mai invocarsi per stabilire l'esistenza di un contratto, per cui è richiesta la scrittura *ad substantiam* (per es.: una compra-vendita d'immobili).

Ma vi ha di più. L'efficacia probatoria dei libri sancita dagli art. 49 e 49 codice di commercio a favore del commerciante, che li ha tenuti, non può trasformare i libri in quello che non sono: cioè in scritture private provenienti dalla parte *contro* cui si invocano. Essi dunque non possono neanche sostituire le scritture private nella loro *normale* funzione probatoria, che presuppone la provenienza dalla persona, contro cui la prova è fatta valere. Quando perciò la legge richiede la prova per iscritto, con la nota conseguenza della

(1) In questo senso è la maggioranza degli scrittori. *Contra:* VIVANTE. *Trattato*, vol. IV, n. 1601; BOLAFFIO, *Comm.*, vol. I, pag. 21-22, e vol. II, pag. 405, il quale opina che la legge nell'art. 48 avrebbe usata impropriamente l'espressione « in materia commerciale ». La ragione precipua per cui questi scrittori negano che i libri commerciali facciano prova in questo caso è che mancherebbe il riscontro fra i libri delle due parti, perchè il commerciante non è tenuto a notare in modo specifico nei suoi libri le spese fatte per il mantenimento della famiglia (App. Roma, 6 luglio 1907, *Riv. di dir. comm.*, 1907, 178).

esclusione della prova testimoniale (art. 53 codice di commercio), l'esistenza di annotazioni nei libri della parte, a favore di cui il fatto da provare è invocato, non è sufficiente a costituire la prova scritta voluta dalla legge, e a far adito alla prova per testimoni. Per la stessa ragione che manca la provenienza dalla parte *contro* cui si invoca la prova, i libri non possono costituire principio di prova scritta a favore di chi li ha tenuti.

In conclusione, il principio degli art. 48 e 49 è un *principio eccezionale* che va tenuto *rigorosamente nei limiti stabiliti dalla legge*, la quale, tra l'altro, stabilisce espressamente un potere discrezionale del giudice nell'apprezzamento della prova risultante dai libri a favore di chi li ha tenuti (i libri di commercio *possono* far fede) (1).

149. 2° *Efficacia probante dei libri contro chi li ha tenuti* (art. 50). Qui riprendono impero le norme generali del codice civile: anzi l'art. 50 non fa che riprodurre letteralmente l'art. 1329 codice civile: «i libri dei commercianti fanno fede contro di essi, ma quegli che vuol trarne vantaggio, non può scinderne il contenuto in ciò che gli è contrario». Vengono pertanto meno, quando si invocano i libri *contro* chi li ha tenuti, tutte le condizioni e limitazioni poste dagli art. 48 e 49: fanno fede anche i libri ausiliari, anche i libri irregolarmente tenuti, e fanno fede anche fra commercianti e non commercianti, ed anche in materia non commerciale. In sostanza, le annotazioni dei libri costituiscono una *confessione scritta stragiudiziale rivolta alla controparte* (art. 1356 e 1358 codice civile).

L'efficacia probatoria dei libri di commercio contro chi li ha tenuti è piena, nel senso che non ha bisogno di alcuna integrazione. *A fortiori* perciò essa potrà essere integrata da altra prova, come il giuramento e la prova per testimoni;

---

(1) Si veda da ultimo Cass. del Regno, 27 marzo 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Libri di comm.*, n. 6), la quale mette in rilievo che la forza probante dei libri di commercio, regolarmente o irregolarmente tenuti, non vieta al giudice la critica delle risultanze di essi e la possibilità, attraverso altre fonti di prova, di un contrario convincimento.

anzi l'annotazione contenuta nei libri di commercio apre sempre l'adito alla prova testimoniale come principio di prova per iscritto.

Tuttavia, l'efficacia probante piena attribuita dall'art. 50 codice di commercio ai libri quando sono invocati *contro* chi li ha tenuti, non è sufficiente a trasformare il libro in quel che *non è*, cioè in una vera scrittura privata. Pertanto:

a) l'efficacia dei libri è, anche qui, puramente *probante* e non *costitutiva:* non sufficiente perciò a porre in essere negozi giuridici, per cui sia richiesta la scrittura *ad substantiam*;

b) non si applica alla prova fornita dai libri la limitazione dell'art. 1341 codice civile, che vieta di opporre la prova testimoniale al contenuto dell'atto scritto. Può perciò sempre il commerciante combattere i risultati della propria registrazione, rettificare alcune partite, dimostrarne l'erroneità e ciò con tutti i mezzi ammessi dalla legge, tra i quali la prova testimoniale e le presunzioni. Ma questa prova contraria incombe a chi ha tenuto i libri; fino a che la prova non è data, fanno fede i risultati della registrazione.

150. C) *I libri dei mediatori e la loro forza probante* (art. 33 e 52 cod. di commercio). — I mediatori debbono tenere alcuni libri speciali, conformemente alle esigenze della loro professione. Tali libri sono:

1° un libretto in carta libera o taccuino, in cui debbono essere annotate, anche a matita e sommariamente, ma l'uno distinto dall'altro, tutti gli affari compiuti col ministero del mediatore, in borsa e fuori, a contanti ed a termine, ancorchè siano stati stornati dai contraenti;

2° un libro giornale, in cui debbono essere riprodotte giorno per giorno tutte le condizioni degli affari, a cui il mediatore ha preso parte;

3° il copia-lettere ed i fascicoli della corrispondenza in arrivo.

Non è invece obbligatorio il libro degli inventari.

Inoltre:

4° il mediatore, appena concluso il contratto e registratolo nel taccuino, deve consegnare alle parti uno stabilito contenente la copia della registrazione.

Circa il valore probatorio di questi libri o note dei mediatori, bisogna distinguere:

a) *nei rapporti tra il mediatore e le parti*, i libri fanno prova a favore e contro il mediatore, secondo le norme degli art. 49 e 50;

b) *nei rapporti tra le parti*, che hanno concluso il contratto a mezzo del mediatore, l'art. 52 lascia al giudice libertà di attribuire ai libri e alle attestazioni del mediatore quella forza probante, che secondo le circostanze possono meritare.

Se le attestazioni rilasciate dai mediatori sono anche sottoscritte dalle parti, esse acquistano il carattere di vere scritture private, con tutta l'efficacia probante e costitutiva a tali scritture concessa.

151. D) *Procedimento per far valere in giudizio la forza probante dei libri di commercio* (art. 27, 28 e 51 codice di commercio).

I mezzi processuali, con cui può farsi valere la forza probante dei libri di commercio, sono due: l'*esibizione* e la *comunicazione*.

L'*esibizione* è la forma più ristretta di produzione: essa si fa al giudice e consiste nell'estrazione delle sole partite, che concernono la controversia. La *comunicazione* è la forma più ampia di produzione; essa consiste nel porre a disposizione della controparte tutti i libri del commerciante.

L'esibizione e la comunicazione dei libri possono essere *offerte* dalla parte, che li ha tenuti a sostegno della sua azione od eccezione; ovvero possono essere *richieste* dall'altra parte; ovvero possono essere *ordinate d'ufficio dal giudice*.

1° Nel primo caso l'*esibizione* può farsi anche mediante presentazione di un estratto notarile delle registrazioni, che interessano la controversia. Vi è chi ritiene essere la presentazione al giudice sempre obbligatoria, ma noi crediamo questa opinione eccessiva, perchè i notai sono per legge generalmente autorizzati a rilasciare estratti e certificati di atti e documenti che non sono opera loro. Solo nel caso che il giudice ritenga di dover avere sott'occhio tutto il libro per estrarne altre registrazioni, o sia contestata la regolarità dei libri (perchè l'attestazione di regolarità fatta dal notaio non è sufficiente), il

giudice stesso, d'ufficio o su domanda dell'altra parte, ordinerà l'esibizione *a lui* dei libri (1). Anche la *comunicazione*, ossia la presentazione alla controparte, può farsi (sebbene il caso sia estremamente raro) spontaneamente da chi ha tenuto i libri: essa avverrà mediante deposito dei libri in cancelleria.

2° Quando la parte, che ha tenuto i libri, non li esibisca o non li comunichi spontaneamente, l'esibizione o la comunicazione possono essere ordinate dal giudice o *su domanda* dell'altra parte o *d'ufficio*. Quest'obbligo di esibire o comunicare i libri ha il suo fondamento giuridico nel fatto che, sebbene i libri *nel loro complesso* sieno proprietà di chi li ha tenuti, *le singole registrazioni* sono comuni a tutte le parti, che hanno partecipato all'affare, a cui si riferiscono. In questa *comproprietà delle registrazioni* si basa l'obbligo di esibire o comunicare i libri (2).

a) L'*esibizione* può essere ordinata dal giudice solo quando la lite è pendente; non si può iniziare un giudizio per

---

(1) In questo senso, da ultimo, Cass. del Regno, 19 settembre 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Libri di comm.*, n. 7); App. Milano, 21 febbraio 1923 (*Mon. trib.*, 1923, 336). Non mancano però decisioni anteriori in senso contrario.

(2) Vedi specialmente Vivante, *Trattato*, vol. I, n 176 e 177. Ciò è contestato dal Bolaffio, *Comm.*, vol. I, pag. 715 e seg. specialmente sotto il riflesso che non esiste alcun diritto proprio della parte all'esibizione, perchè è rimesso al prudente arbitrio del giudice l'ordinarla, e l'uso che egli faccia di questa sua facoltà non cade sotto il controllo della Corte di cassazione. L'obbligo dell'esibizione dei libri troverebbe perciò il suo fondamento nell'obbligo di tenerli; e l'obbligo della *comunicazione*, troverebbe il suo fondamento o in un diritto di comproprietà sui libri, che in alcuni casi sussiste (tra coeredi, nella comunione) o in una partecipazione a diritti che nei libri da comunicarsi trovano la loro espressione o la loro giustificazione (fallimento, rapporti tra eredi e legatarî) (*Ivi*, pag. 739). Altri poi afferma che tanto l'esibizione quanto la comunicazione hanno lo stesso fondamento nell'obbligo legale della tenuta dei libri: Navarrini, *Trattato*, II, n. 210. Il concetto di comproprietà come fondamento dell'obbligo trovasi enunciato anche in una recente sentenza della Corte di cassazione del Regno, 8 febbraio 1926 (sentenza n. 354, inedita) e sembra, malgrado le obbiezioni mossegli, l'unico atto a spiegare soddisfacentemente tutta la disciplina processuale della prova desunta dai libri. Fondare questa disciplina sull'obbligo legale della tenuta dei libri è rinunciare a darne una spiegazione.

ottenerla: può essere ordinata perciò solo pei libri appartenenti *ad una delle parti in causa;* nè è ammesso che si faccia intervenire una parte in causa solo per ottenere l'esibizione dei suoi libri, giacchè manca nei libri appartenenti ad un terzo quella comunione delle registrazioni, che è il fondamento dell'obbligo di esibizione (1).

Può essere ordinata l'esibizione così dei libri obbligatorî come dei libri ausiliari o facoltativi, quando si prova che siano stati tenuti; il principio infatti della comunione delle registrazioni vale anche pei libri ausiliari (2).

Chi chiede l'esibizione deve determinare le partite da estrarsi: infatti non si deve dimenticare che, chiedendo la esibizione dei libri avversari, si soddisfa senz'altro all'obbligo della prova; l'esibizione è il mezzo per far valere una prova che *appartiene* già alla parte come sua comproprietà; ma perchè si possa dire che l'obbligo sia adempiuto bisogna specificare le registrazioni, in quanto la comproprietà non ha per oggetto il libro, ma quella *singola registrazione* che concerne l'affare (3).

Si può chiedere l'esibizione dei libri commerciali *anche in materia civile:* infatti i libri hanno forza probante contro il commerciante anche in materia civile; e per far valere questa efficacia probante occorre poterne chiedere l'esibizione (4). Inoltre il principio della comunione delle registrazioni, che sta a base del diritto di esibizione, è un principio generale, valido tanto per la materia civile quanto per la materia commerciale, e l'art. 27 è una di quelle norme comuni alla materia civile e alla commerciale, scritte solo per occasione nel codice di commercio.

---

(1) Cass. Roma, 12 novembre 1923 (*Giur. ital.*, 1923, I, 1, 911).

(2) Cfr. Cass. Torino, 28 novembre 1921 (*Mon. trib.*, 1922, 361); Cass. del Regno, 13 aprile 1926 (sentenza n. 1097, inedita).

(3) Cfr. App. Genova, 1° marzo 1918 (*Riv. di dir. comm.*, 1918, 427); App. Catania, 18 dicembre 1922 (*Foro civ.*, 1922, 305).

(4) Vedi Rocco, *L'esibizione dei libri commerciali in materia civile*, in *Riv. di dir. comm.*, 1903, II, 172; App. Roma, 27 marzo 1909 (*Giur. ital.*, 1909, I, 2, 397); App. Genova, 4 giugno 1916 (*Temi gen.*, 1916, 423). Non manca però qualche sentenza in senso contrario: App. Bologna, 13 settembre 1907 (*Giur. ital.*, 1908, I, 2, 85).

L'esibizione si fa dinanzi al giudice delegato nel giorno e nel luogo indicati nell'ordinanza che la dispone; il giudice delegato estrae dai libri, con l'assistenza del cancelliere, le partite che riguardano la controversia. All'esame dei libri non può assistere la parte che ha chiesto l'esibizione (1): questo mezzo processuale si distingue appunto dalla comunicazione per ciò che pone a disposizione dell'altra parte solo *singole registrazioni* e non l'*intero libro* (2).

b) La *comunicazione* è un mezzo eccezionale, che la legge consente solo in *determinati casi*, in cui occorre indagare su tutta l'azienda del commerciante. Questi casi sono quattro (art. 28): quando, cioè, si tratti di questioni, aventi origine in un rapporto di *società*, di *comunione*, di *fallimento* o di *successione*. Sono tutti casi in cui la comproprietà delle registrazioni non investe una *singola* registrazione, ma *tutte le registrazioni*, perchè la parte, che chiede la comunicazione, è interessata in *tutta* l'azienda di quella, che ha tenuto i libri.

La comunicazione può essere ordinata durante il corso di una controversia, ma può anche formare oggetto di una domanda principale. Può essere chiesta dalla parte, o ordinata d'ufficio dal giudice; la disposizione in questo senso dell'articolo 27, benchè non espressamente riprodotta nell'art. 28, deve intendersi come implicitamente richiamata (3).

c) Se la parte, a cui fu ordinata l'esibizione o la comunicazione, rifiuti di produrre i libri, quali sanzioni si applicheranno?

---

(1) Cfr., da ultimo, Trib. Milano, 2 giugno 1919 (*Riv. di dir. comm.*, 1920, II, 142); vedi la nota che segue. *Contra:* BOLAFFIO, *Comm.*, vol. I, pag. 730.

(2) Questo carattere differenziale tra esibizione e comunicazione, consistente nel modo, con cui il contenuto delle registrazioni viene portato a notizia del richiedente, è posto particolarmente in rilievo in una recente sentenza della Corte di cassazione del Regno, 10 febbraio 1926 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 377), la quale perciò ha deciso che può essere pure ordinata la esibizione estesa a tutti i libri, per accertare gli utili d'una società nell'interesse di chi vi abbia diritto di partecipazione, senza che per ciò la esibizione si trasformi in comunicazione.

(3) *Contra:* BOLAFFIO, *Comm.*, vol. I. pag. 743, fondandosi sul carattere eccezionale della facoltà data al giudice per l'esibizione.

Le sanzioni sono due:

1° la presentazione *con mezzi coattivi*, mediante applicazione delle regole scritte nel codice di procedura civile sul rilascio di beni mobili (art. 741, 742, 596 e 923 codice procedura civile) (1);

2° l'applicazione dell'art. 51 codice di commercio, per cui se la parte, ai libri della quale l'altra offre di prestar fede, ricusa di presentarli, il giudice può deferire a questa il giuramento sull'oggetto controverso. In virtù di tale disposizione la parte, che ricusa di presentare i libri, rischia di vedere ammesse le deduzioni dell'altra mediante il semplice giuramento di questa. Ciò significa che il rifiuto di presentazione costituisce un principio di prova, che il giudice può completare col giuramento. Perchè l'art. 51 possa essere applicato, occorre che la parte, la quale chiede l'esibizione o la comunicazione dei libri dell'altra, *offra di prestarvi fede* (2).

È naturale che l'offerta sia valida solo se i libri risultano tenuti regolarmente, giacchè solo i libri regolarmente tenuti possono far prova a vantaggio di chi li tiene (3).

Il principio che il giudice è arbitro nell'ammettere o non ammettere la prova risultante dai libri (art. 48) implica che

(1) La possibilità di questa sanzione è però controversa. Da alcuni è negata del tutto: vedi NAVARRINI, *Trattato*, vol. V, n. 2116. Altri distingue tra esibizione e comunicazione, ammettendo la sanzione indicata nel testo per questa ultima, negandola per il caso di esibizione: BOLAFFIO, *Comm.*, vol. I, pag. 726 e 752. Altri opina che il giudice potrebbe comminare una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo: LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. II, n. 636: il che è da altri contrastato: D'AMELIO, *Comm.*, all'art. 28, n. 12.

(2) Dice giustamente il SEGRÈ, *Comm.*, art. 51, n. 5: « Il vantaggio di aver deferito il giuramento deve essere riservato a quel solo litigante che, dichiarando di prestar fede ai libri dell'avversario, abbia offerto il modo di troncare immediatamente la controversia, non a colui che, pur chiedendo la presentazione del libro, si è serbata la facoltà di produrre altre prove ». Cfr. Cass. Roma, 17 marzo 1917 (*Riv. di dir. comm.*, 1917, II, 394).

(3) Vedi la sentenza citata nella nota che precede e, tra le sentenze più recenti, App. Genova, 8 luglio 1921 (*Temi gen.*, 1921, 440); Appello Venezia, 16 febbraio 1923 (*Foro ven.*, 1924, 353); Cass. Roma, 19 febbraio 1923 (*Riv. di dir. comm.*, 1924, II, 13). Quando sia accertata la non esistenza dei libri, non è più luogo a deferire il giuramento a sensi dell'art. 51.

esso è arbitro altresì di ammettere o ricusare, quando crede, l'esibizione e la comunicazione; nè l'offerta della parte, di prestar fede ai libri avversari, può in alcun caso tramutare in obbligo quella che è semplice facoltà discrezionale del magistrato (1).

---

(1) Cfr. Cass. Roma, 26 giugno 1923 (*Cons. comm.*, 1923, 643). Si ritiene però che il giudice abbia l'obbligo di motivare il rifiuto: Cass. Torino, 15 febbraio 1916 (*Giur. tor.*, 1916, 1001); Cass. del Regno, 8 giugno 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, voce *Libri di comm.*, n. 11).

INDICE ALFABETICO PER MATERIA

(I numeri indicano la pagina).

INDICE

DELLE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE E REGOLAMENTARI

citate nel volume

Codice di commercio.

—

Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale.

—

Codice civile.

Codice di procedura civile.

Codice penale.

Codice per la marina mercantile.

Leggi e decreti speciali.

ERRATA CORRIGE

Pag.	1,	*riga*	14	o oggidì	sostituire:	è oggidì
»	58,	»	38	costituiscono	id.	sostituiscono
»	129,	»	29	28 dicembre 1911	id.	28 dicembre 1921
»	»	»	»	3 gennaio 1921	id.	3 gennaio 1922
»	130,	»	28	art. 1324, capov.	id.	1324
»	159,	»	31	art. 1176	id.	n. 1176
»	»	»	38	in materiale	id.	in materia
»	263,	»	34	n. 70	id.	n. 453
»	440,	»	28	1924	id.	1894
»	»	»	32	n. 203	id.	n. 303
»	442,	»	17	n.1498	id.	n. 1448
»	452,	»	37	n. 1306	id.	n. 1316
»	466,	»	18	art. 1325, ult. capov.	id.	art. 1325, capoverso
»	485,	»	39	n. 953	id.	n. 253

